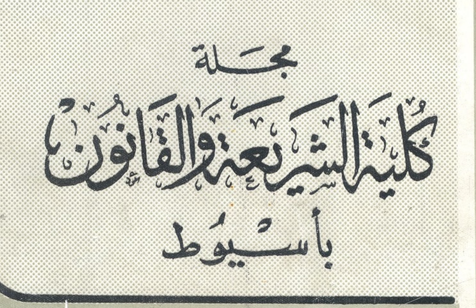
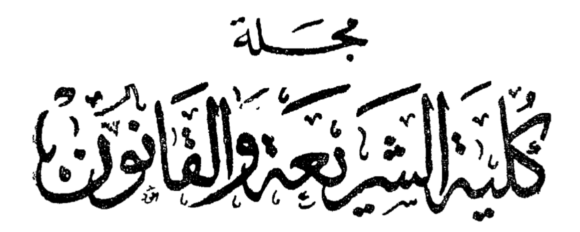


العدد الثامن

١٤١٠هـ - ١٩٩٠م

جامعة الأزهر
كلية الشريعة والقانون
بأسيوط

مجلة



العدد الثامن

١٤١٠هـ - ١٩٩٠م

بسم الله الرحمن الرحيم

افتتاحية العدد

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيد المرسلين وعلى آله وصحبه أجمعين .

وبعد

فاننا نسجد لله سبحانه وتعالى شكرا أن وفقنا لاخراج العدد الثامن من مجلة كلية الشريعة والقانون فرع أسيوط .

ونرجوا أن ينال الرضا من قارئه وأن يجد فيه ما يشفى غليله من أحكام الشريعة الاسلامية فى أمور حياته كما أتوجه بالشكر للسادة الباحثين والمساهمين فى اخراج هذا العدد طالبين من المولى عز وجل الأجر والمثوبة انه غنى جواد .

والله ولى التوفيق ،،،

أ.د. عبد الشافى على جابر

بحوث في الجهاد
دراسة فقهية مقارنة
(٣)

أ•د / عبد الشافي علي جابر
عميد الكلية

الحمد لله الذى هدانا لهذا وما كنا لنهتدى لولا أن هدانا الله •

ونصلى ونسلم على سائر أنبيائه ورسله الذين حملوا أمانة الهداية الى عباده ، وتبليغ أوامره ونشر شرائعه ••• ونخص سيدنا ومولانا (محمد بن عبد الله) امام النبيين • وخاتم المرسلين • وقائد المجاهدين • وأشجع المقاتلين — صلى الله عليه وسلم — وعلى آله وأصحابه ومن تبعهم باحسان الى يوم الدين •

وبعد •••

فقد أكدت العزم على الكتابة فى موضوع (الجهاد) حتى أستوفيه • وقد تكلمت فى العدد السادس لهذه المجلة عن : تعريفه، وسبب مشروعيته ، وأنواعه • وحكم كل نوع كما تكلمت فى العدد السابع عن شروط وجوبه ، وحكم الدعوة الى الاسلام قبل القتال ، والاستعانة بالكفار فيه ••• وهنا أذكر بعض الأحكام المتعلقة به •

سائلا المولى تعالى أن يوفقنى الى مواصلة المسيرة فانه جلت قدرته نعم الموفق ونعم المعين •

المبحث الثالث :

حكم الفرار عند لقاء الأعداء ، وآداب القتال فى الاسلام ، وأسباب النصر فيه .

ويشتمل على ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : حكم الفرار عند لقاء الأعداء .

المطلب الثانى : آداب القتال فى الاسلام .

المطلب الثالث : أسباب النصر فى الاسلام .

المطلب الأول

حكم الفرار عند لقاء الأعداء

تمهـيد :

ان الله سبحانه وتعالى حث النفس الانسانية على الجهاد في سبيله ، وحببه اليها لذا فقد أمر بالثبات عند لقاء العدو • لأنه من أجل العوامل التى تساعد على الانتصار وهو دليل واضح على قـوة الروح المعنوية التى هى الدافع القوى على القتال والاستبسال وقد انتصر المسلمون الأوائل فى كل غـزواتهم بهذه الروح التى يبعثهـا الايمان فى نفوس المجاهدين فتتضاعف امكانياتهم الحربية ، وقدراتهم على مواجهة الأعداء(١) كما حذر من الفرار لأنه يؤدى الى الهـزيمة ويوهن القوى • فهو اذن كبير المفسـدة ، سـيىء العـاقبة لأن الفار كالحجر يسقط من البناء فينهاوى ويختل نظامه ولذلك فان الشـارع الحكيم جعل الفرار من الكبائر المنهى عنها حيث قال :

« يا أيها الذين آمنوا اذا لقيتم الذين كفروا زحفا فلا تولوهم الأدبار ومن يولهم يومئذ دبره الا متحرفا لقتال أو متحيزا الى فئة فقد باء بغضب من الله ومأواه جهنم وبئس المصير »(٢) •

وقال النبى ـ عليه الصـلاة والسـلام ـ « اجتنبوا السـبع الموبقات ••• »وذكر منها « والتولى يوم الزحف »(٣) •

---

(١) أيات الجهاد فى القرآن الكريم ص ١٢٥ د• كامل الدقن

(٢) سورة الأنفال الآيتان ١٥ ، ١٦ •

(٣) أخرجه البخارى (١٩٣/٢ ، ٣٦٣/٤) ومسلم ٦٤/١ وأبو داود ٢٨٧٤ والنسائى ١٣١/٢ والبيهقى فى السنن ٧٦/٩

راجع ارواء الغليل فى تخريج أحاديث منار السبيل جـ ٥ ص ٢٥ للألبانى ط • الأولى • بيروت ، نيل الأوطار جـ٧ ص ٢٥٢ للشوكانى •

وبناء على هذا :

فقد اختلفت كلمة الفقهــاء فى حكم الفرار عند لقاء الأعداء على قولين :

القول الأول :

ذهب جمهور الفقهاء : (الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة) وجماعة(٤) الى القول بتحريم الفرار عند لقاء الأعداء(٤) .

واشترطوا لذلك شرطان(٥) :

الشرط الأول :

أن يبلغ عدد المسلمين النصف من عــدد الكفار كمائة لمــائتين ، ومئاتين لأربعمائة وهكذا .

الشرط الثاني :

ألا يقصد بالفرار التحيز(٦) الى فئة ، أو التحرف(٧) للقتال .

---

(٤) بدائع الصنائع جـ ٩ ص ٤٣٠٦ للكاسانى ، فتح القدير جـ٥ ص ٤٣٩ لكمال بن الهمام ، بداية المجتهد جـ ١ ص ٢٢٩ لابن رشــد ، جواهر الاكليل شرح مختصر خليل جـ ١ ص ٢٥٤ ، مغنى المحتاج جـ ٤ ص ٢٤٠ للخطيب ، المغني جـ ٨ ص ٣٤٦ لابن قــدامة ، رحمــة الأمة في اختلاف الأئمــة ص ٢٩٢ لأبى عبد الله محمــد بن عبد الرحمن الشــافعى ط . الثالثة .

(٥) قوانين الأحكام الشرعية ص ١٥٣ لابن جزى . وكذا المراجع السابقة ونفس الصفحات .

(٦) التحيز : الانضمام الى جماعة أخرى من الجيش للتعاون معها على القتال .

(٧) التحرف : أصل التحرف الزوال عن جهة الاستواء الى الطرف

أدلة هذا القول :

استدل جمهور الفقهاء أولا : على تحريم الفرار عند لقاء الأعداء بالكتاب والسنة .

١ ـ فالكتاب :

(أ) قوله عـز وجل : « يا أيها الذين آمنـوا اذا لقيتم الذين كفروا زحفا (٨) فلا تولوهم الأدبار ، ومن يولهم يومئذ دبره الا متحرفا لقتال أو متحيزا الى فئـة فقد باء بغضـب من الله . ومأواه جهنم وبئس المصير » .

وجه الدلالة :

يستدل بهاتين الآيتين من وجهين (٩) :

الأول : أن المولى سبحانه وتعالى نهى المؤمنين فى الآية الأولى

=

أى الحرف والمراد به هنـا الانعطاف عن موقعه الى موقع آخر خدعا للعدو بالفره مريد الكره والحرب خدعة .

وقال المرداوى « التحرف » أن ينحاز الى موقع يكون القتال فيه أمكن

وقال الشوكانى: هو أن يرى القتال فى غير موضعه أصلح فينتقل اليه

(٨) الزحف انبعاث من جر الرجل كانبعاث البعير اذا أعيـا أو هو الدبيب فى السـير ، سمى به الجيش الـكثيف المتوجه الى العدو لكثرته وكثافته كأنه جسم واحد يزحف ببطء وان كان سريع السير .

صفوة البيان لمعانى القرآن (تفسير القرآن الكريم) ص ٢٣٥/٢٣٦ للشيخ حسنين مخلوف ط . الثالثة الكويت .

(٩) تفسـير القرطبى جـ ٧ ص ٣٨٠ ، أحكام القرآن لابن العـربى جـ ٢ ص ٨٤٣ .

عن الفــرار عند التقاء الجمعــين ، جمع المؤمنين وجمــع الكافرين ، والأصل فى النهى أن يكون للتحريم ما لم يوجد صــارف يصرفه الى غيره ولا صار هنا عنه فدل هذا على تحريم الفرار عند لقاء الكفار .

الثانى : أنه سبحانه وتعالى فى الاية الثانية قد توعد الفــارين بأشد أنواع الوعيد وهو الغضب فى الدنيا والعــذاب الأليم فى الدار الآخرة ، والوعيد الشديد لا يكون الا على فعـل شىء محرم فيكون الفرار حراما .

(ب) وقوله تبارك وتعالى : « يا أيها الذين آمنوا اذا لقيتم فئة فاثبتوا واذكروا الله كثيرا لعلكم تفلحون »(١٠) .

وجه الدلالة :

أن الله تبــارك اسمه أمر المؤمنين بالثبــات عند لقاء الكفــار ومحاربتهم ، والأصل فى الامر الوجوب ما لم يوجد صــارف يصرفه عنه ، ولا صارف هنا فدل هذا على أن الثبات أمام الأعداء واجب فيكون الفرار حراما(١١) .

ثانيا : السنة :

فقد روى عن أبى هريرة ــ رضى الله عنه ــ قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم :

---

(١٠) الآية رقم ٤٥ من سورة الأنفال . والفئة : الجماعة من الناس وسميت بذلك لرجوع بعضهم على بعض فى التعاضد ــ صفوة البيان ٢٣٦

(١١) تفسير القرطبى ج ٨ ص ٢٣ .

« اجتنبوا السبع الموبقات(١٢) ، قالوا وما هن يا رسول الله ؟ قال : الشرك بالله والسحر ، وقتل النفس التى حرم الله الا بالحق ، وأكل الربا ، وأكل مال اليتيم ، والتولى يوم الزحف ، وقذف المحصنات الغافلات »(١٣) .

وجه الدلالة :

أن رسـول الله ـ صلى الله عليـه وسلم ـ قد أمر المؤمنين بالثبات وعدم الفرار عند لقاء الأعداء والأصل فى الأمر الوجوب فدل هذا على وجوب الثبات ، واذا كان الثبات أمام الأعداء واجبا فيكون الفرار عند لقائهم حراما(١٤) .

واستدلوا ثانيا على الشرط الأول :

وهو أن يكون عـدد المسـلمين على النصـف من عدو الكفـار بدليلين هما :

الأول : الكتاب :

قوله تعالى « الآن خفف الله عنكم وعلم أن فيكم ضعفا ، فان يكن منكم مائة صابرة يغلبوا مـائتين ، وان يكن منكم ألف يغلبـوا ألفين باذن الله والله مع الصابرين »(١٥) .

---

(١٢) الموبقات : أى المهلكات . نيل الأوطار جـ ٧ ص ٢٥٢ .

(١٣) الحديث صحيح وقد سبق تخريجه .

(١٤) نيل الأوطار جـ ٧ ص ٢٥٢ للشوكانى .

(١٥) الآية رقم ٦٦ من سورة الأنفال .

وجه الدلالة :

أن المولى سبحانه وتعالى : قد أمر فى هذه الاية أن يكون عدد المسلمين على النصف من عدد الكفار والأمر يقتضى الوجوب فدلت هذه الآية على اشتراط العدد لتحريم الفرار والا كان الفرار مباحا ٠

الاعتــراض :

فان قيل ان هذه الاية ليست بأمر ، بل هى خبر فقد أخبــرنا سبحانه وتعالى ان المائة الصابرة من المؤمنين ستغلب مائتين من الكفار، وكذا الألف منا سيغلب ألفين منهم ٠

الجــواب :

فيجاب عن هذا الاعتراض بأن هذه الآية وان كانت خبرا لفظا فهى أمر معنى ، اذ لو كان المراد بها الخبر لما وقع خلاف المخبر عنه، لأن الخلف فى اخباره تعالى محال ، لكنه وقع ، فقد لا تحصل الغلبة للمسلمين فى موطن يكون فيه العدد ضعف عدد العدو ، وبذا يكون المراد بها الأمر لا الخبر واذا كان كذلك ، فلابد لتحريم الفــرار من اشتراط العدد والا كان مباحا(١٦) ٠

الثانى : قول الصحابى :

فقد روى عن ابن عباس ــ رضى الله عنهما ــ أنه قال : « من فر من اثنين فقد فر ، ومن فر من ثلاثة فلم يفر(١٧) فدل هــذا على

---

(١٦) المغنى لابن قدامة جـ ٨ ص ٤٨٣ ٠

(١٧) أخرجه البيهقى ٧٦/٩ ورواه الشافعى ١١٥٥ راجع : ارواء الغليل جـ ٥ ص ٢٨ ، نيل الأوطار جـ ٧ ص ٢٥٣ وقال صاحب ارواء الغليل واسناده صحيح وهو وان كان موقوفا فله حكم المرفوع ٠

أن اشتراط العدد شرط لتحريم الفرار عند لقاء الأعداء •

واستدلوا ثالثا :

على الشرط الثانى وهو ألا يقصد بالفرار التحيز الى فئة أو التحرف للقتال بالكتاب الكريم وهو قوله تعالى « الا متحرفا لقتال أو متحيزا الى فئة » •

وجه الدلالة :

أن المولى سبحانه وتعالى بعد أن نهى المؤمنين عن الفرار أباحه لصنفين اثنين فقط :

الأول : المتحرف للقتال وهو الشخص الذى يفر مكيدة منه وخدعة للعدو والحرب خدعة كما قال رسول الله — صلى الله عليه وسلم •

الثانى : المتحيز الى فئة : وهو الشخص الذى انحاز الى جماعة المسلمين وانضم اليهم حيث وجد نفسه فى مكان لو بقى فيه لقتل فيباح له عندئذ أن ينعطف الى جماعة المسلمين ليقوى بقوتهم ويتحمس بجماعتهم ، فدلت هذه الآية على اشتراط هذا الشرط والا كان الفرار مباحا(١٨) •

الثانى : ذهب ابن حزم الظاهرى(١٩) الى القول بتحريم الفرار عند لقاء الأعداء الا فى حالتين :

---

(١٨) تفسير القرطبى جـ ٧ ص ٣٨١ ، صفوة البيان لمعانى القرآن ص ٢٣٦ •

(١٩) المحلى لابن حزم جـ ٧ ص ٢٩٢ ، ٢٩٣ •

الأولى : التحيز الى جماعة المسلمين ، والثانية : التحرف للقتال مطلقا أى من غير أشتراط العدو ، فان نوى غير ذلك أى الفـرار من لقاء الأعداء فهو فاسق ما لم يتب ويرجع الى الله تعالى •

دليلـه :

واستدل ابن حزم لرأيه بالكتاب وهو قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا اذا لقيتم الذين كفروا زحفا فلا تولوهم الأدبار ، ومن يولهم يومئذ دبره الا متحرفا لقتال أو متحيزا الى فئة فقد باء بغضب من الله ومأواه جهنم وبئس المصير »(٢٠) •

وجه الدلالة :

ان المولى سبحانه وتعالى نهى المؤمنين عن الفرار الا فى حالتين هما : التحيز والتحرف والأصل فى النهى التحريم فدلت هذه الآيـة على تحريم الفرار عند لقـاء الأعـداء الا فى حالتى التحيز والتحرف مطلقا بدون اشتراط عدد معين •

مناقشة أدلة الرأى الأول :

ناقش ابن حزم الظاهرى ما استدل به الجمهور على اشـتراط العدد من وجهين :

الوجه الأول بالنسبة للكتاب فقال :

ان آية التخفيف « الآن خفف الله عنكم وعلم أن فيكم ضـعفا فان يكن منكم مائة صابرة يغلبوا مائتين ، وان يكن منكم ألف يغلبوا ألفين باذن الله والله مع الصـابرين » التى اسـتدللتم بها معناها أن

---

(٢٠) سورة الأنفال الآية ١٥ ، ١٦ •

المولى سبحانه وتعالى علم أن فينا ضعفا فخفف عنا ، ولم يقل لنا فيها أن المائة لا تغلب أكثر من مائتين ، ولا أن الألف لا تغلب أكثر من ألفين ، ومن ادعى هذا فى الآية فقد أبطل وادعى ما ليس فيها منه أثر ولا اشارة ولا نص ولا دليل بل قال سبحانه وتعالى : « كم من فئة قليلة غلبت فئة كثيرة باذن الله والله مع الصابرين »(٢٢)

الوجه الثانى بالنسبة لقول الصحابى :

فيرد بأن هذا قول صحابى :

والحجة فى قول النبى — صلى الله عليه وسلم — لا فى قول أحد سواه . ورسول الله — عليه الصلاة والسلام — لم يشترط العدد كما دل على ذلك ما تقدم من حديث(٢٣) أبى هريرة مرفوعا « اجتنبوا السبع الموبقات » اذن فالعدد ليس بشرط .

الراجـــح :

وبعد أن ذكرنا أقوال الفقهاء وأدلة كل ، وناقشنا ما استدل به الجمهور على اشتراط العدد يتبين لنا أن ما ذهب اليه ابن حزم الظاهرى وهو أنه لا يشترط لتحريم الفرار عند لقاء الأعداء العدد هو الأولى بالاتباع ومما يؤيد ذلك أن الأمر فى قوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا اذا لقيتم فئة فاثبتوا » يوجب الثبات فى جميع الأحوال أيا كان عدد المسلمين ، وعدد من يقاتلهم لأنه أمر مطلق ، ثم أراد الله تعالى أن يضع حدا لهذا الأمر فبين فى قوله تعالى « يا أيها النبى

---

(٢١) الآية رقم ١٧٧ من سورة البقرة .

(٢٢) المحلى لابن حزم جـ ٧ ص ٢٩٢ ، ٢٩٣ .

(٢٣) انظر ارواء الغليل جـ ٥ ص ٢٩ للألبانى .

حرض المؤمنين على القتال ان يكن منكم عشرون صابرون يغلبوا مائتين وان يكن منكم مائة يغلبوا ألفا من الذين كفروا بأنهم قوم لا يفقهون »(٢٤) .

فيكون الحد الذي يجب الثبات أمامه عشرة أمثال ، الا أن هذا البيان لم يأت بصيغة الأمر الصريح بل جاء ذلك على صورة الخبر لأن المراد بعث الحمية فى أنفس المقاتلين والهاب الغيرة فى صدورهم ولما علم الله جل شأنه أن فى المقاتلين ضعفا لم يكن موجودا خفف عنهم حيث قال : « الآن خفف الله عنكم وعلم أن فيكم ضعفا فان يكن منكم مائة صابرة يغلبوا مائتين ، وان يكن منكم ألف يغلبوا ألفين باذن الله والله مع الصابرين » فالضعف الحادث هو الذى اقتضى التخفيف .

وعلى هذا يكون حكم الآية الثانية التخفيف لعارض ، مع بقاء حكم الآية الأولى عند زوال العارض فاذا انتفى الضعف الذى كان سببا فى التخفيف كان على المقاتلين حينئذ الثبات أمام الأعداء لعشرة أمثال عملا بنص الآية الأولى ، لأن العشرين فى الاية الأولى موصوفة بالصابرين ، وكذلك المائة فى الاية الثانية موصوفة بكونها صابرة،فمتى وجدت صفة الصبر ثبت الحكم الأول لأن الصبر من لوازم القتال ومن أهم أسباب النصر .

فان قيل : ان الآية الثانية ناسخة للأولى : قلنا هذا بعيد ولم يقل بذلك جمهور العلماء(٢٥)

(والله أعلى وأعلم)

---

(٢٤) سورة الأنفال الآية رقم ٦٥ .

(٢٥) الجهاد فى الشريعة الاسلامية ص ٩٣ ، ٩٤ .

المطلب الثـــانى

آداب القتال فى الاسلام

من القواعد الاسلامية الحكيمة التى بنى أمر القتال عليها تجنب قتل من لم يقاتل من الأعداء ، اذ المقصود من شرعية القتال اعــلاء كلمة الله فى الأرض ، والقضــاء على ظلمــات الشرك عملا بقــوله سبحانه(١) « وقاتلوهم حتى تكون فتنة ويكون الدين لله » .

لذا فقد أباح الاسلام قتل كل من صد عن سبيل الله ووقف فى وجه الدعوة الاسلامية وحرم قتل من لم يقاتل من النساء والصــبيان والزمنى والرهبان والأجراء والشــيوخ ومن على شاكلتهم فهــؤلاء لا يقتلون لأنهم ليسوا من أهل القتال .

وسنبين أقوال الفقهاء وأدلتهم بشىء من التفصيل على النحو التـــالى :

أولا : المرأة والصبى :

(أ) فى حالة عدم مباشرة القتال من المرأة والصبى :

اتفق الفقهاء(٢) على أنه لا يجوز قتل المرأة ما لم تقاتل وكذا الصبى الذى لم يبلغ حد التكليف .

---

(١) سورة البقرة الآية ١٥٣ .

(٢) رحمة الأمة فى اختلاف الأئمة ص ١٩٢ لأبى محمد بن عبدالرحمن الشافعى ط . الثالثة ، فتح القدير جـ ٥ ص ٤٥١ ، بداية المجتهد جـ١ ص ٣٢٧ ، مغنى المحتاج جـ ٤ ص ٢٣٢ ، المغنى لابن قدامة جـ ٨ ص٤٧٧ المحلى لابن حزم جـ ٧ ص ٢٨٦ .

الأدلـــة :

واستدلوا لذلك بالسنة والمعقول :

أ ــ السـنة :

أما السنة فقد اشـتملت على عدة أحاديث تدل على عدم جواز قتل المرأة اذا لم تقاتل وكذا الصبى منها :

(أ) ما روى عن أنس ــ رضى الله عنـه ــ أن رسـول الله ــ صلى الله عليه وسلم ــ قال : انطلقوا باسم الله ، وعلى ملة رسول الله ــ صلى الله عليه وسلم ــ لا تقتلوا شيخا فانيا ولا طفلا صغيرا ولا امرأة(٣) .

(ب) ما روى عن ابن عمـر ــ رضى الله عنهما ــ أنه قال : وجدت امرأة مقتـولة فى بعض(٤) مغازى رسول الله ــ صلى الله عليه وسلم ــ فنهى رسول الله ــ عليه الصلاة والسلام ــ عن قتل النساء والصبيان »(٥) .

(جـ) وجاء فى رواية رباح بن الربيع قوله ــ صلى الله عليـه

---

(٣) نيل الأوطار جـ ٧ ص ٢٤٦ والحديث رواه أبو داود .

(٤) غزوة فتح مكة . زاد المسلم فيما اتفق عليه البخارى ومسلم جـ ٥ ص ٥٤٦ .

(٥) رواه الجماعة الا النسائى .

راجع : زاد المسلم فيما اتفق عليه البخارى ومسلم جـ ٥ ص ٢٤٦ ، نيل الأوطار جـ ٧ ص ٢٤٦ ،، ارواء الغليل جـ ٥ ص ٣٤ ، احكام الأحكام جـ ٢ ص ٣٢١ لابن دقيق العيد ط الأولى ــ دار الشعب .

وسلم ـ ما كانت هذه لتقاتل ، فلم قتلت(٦) ؟

وجه الدلالة :

لقد نهى النبى ـ صلى الله عليه وسلم ـ فى هذه الأحاديث عن قتل النساء والصبيان فى حالة عدم مباشرتهم للقتال ـ « ما كانت هذه لتقاتل فلم قتلت ؟ وان كان هذا بخصوص النساء فكذلك الصـبيان فالعلة وهى الضعف واحدة ، سواء أكان النهى بطريق التصريح كما فى الحديث الثانى أم بطريق الاستنباط كما فى الحديثين الأول والثالث ،

والأصل فى النهى التحريم ما لم يوجد صارف ، ولا صـارف هنا فدلت هذه الأحاديث دلالة واضـحة على تحريم قتل كل من المرأة والطفل اذا لم يباشرا القتال ،

٢ ـ المعقول :

وأما المعقول فهو أن لفظ قاتل(٧) **لا يحصل فى الغالب الا من** اثنين كالمخاصمة والمشاتمة ،

والمرأة ليست من طبيعتها القتال لضعفها فهى ليست أهلا له وكذا الصبى الذى لم يبلغ حد التكليف ،

فالقتال منهما غير متصـور فى الغالب ، فلا يجوز قتل واحد منهما

---

(٦) أخرجه أحمد وابن حبان والحاكم وأبو داود والنسائى والبيهقى تلخيص الحبير ج ٤ ص ١٠٢ لابن حجر العسقلانى ارواء الغليل ج ٥ ص ٣٥ ، نيل الأوطار ج ٧ ص ٢٤٦ وقال الحاكم « صحيح على شرط الشيخين » ووافقه الذهبى ،

(٧) تفسير القرطبى ج ١ ص ٣٣٨ ،

ولهذا يقول صاحب بدائع الصنائع(٨) : « والأصل فى ذلك أن من كان من أهل القتال يحل قتله سواء قاتل أو لم يقاتل ، وكل من لم يكن من أهله لا يحل قتله الا اذا قاتل حقيقة أو معنى بالرأى والطاعة والتحريض وما شابه ذلك ٠

(ب) مباشرة القتال من المرأة والصبى :

فاذا باشرت المرأة القتال فانها تقتل وكذا الصبى ان قاتل قتل وذلك باتفاق الفقهاء أيضا(٩) ٠

وقال المالكية(١٠) ان باشرت المرأة القتال بسلاح قتلت وان كانت المباشرة برمى حجر فلا تقتل واستدل الفقهاء على جواز قتل المرأة والصبى حالة مباشرتهما للقتال بالكتاب والسنة والمعقول ٠

أولا : الكتاب :

فالكتاب قوله سبحانه وتعالى « وقاتلوا فى سبيل الله الذين يقاتلونكم ولا تعتدوا ان الله لا يحب المعتدين »(١١) ٠

وجه الدلالة من هذه الآية :

أن لفظ (قاتلوا) عام يشمل قتل كل مقاتل للمسلمين سواء

---

(٨) جـ ٥ ص ٤٣٠٧ ٠

(٩) رحمة الأمة فى اختلاف الأئمة ص ١٩٢ ٠

(١٠) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير جـ ٢ ص ١٧٦ ، بداية المجتهد لابن رشد جـ ١ ص ٥٢٤ مكتبة الكليات الأزهرية ،، الشرح الصغير لسيد أحمد الدردير جـ ٢ ص ١٦٧ مكتبة محمد على صبيح بميدان الأزهر

(١١) آية ١٩٠ من سورة البقرة ٠

أكان طفلا أم امرأة ، والله سبحانه وتعالى قد أمرنا بقتـــاله ، فى هذه الآية دلالة على جواز القتل لكل من المرأة والصبى اذا باشرا القتال .

ثانيا : السنة :

وأما السنةما روى عن عكرمة أن النبى ـ صلى الله عليه وسلم ـ مر بامرأة مقتولة يوم حنين فقال : من قتل هذه؟ فقال رجل أنا يا رسول الله غنمتها فأردفتها خلفى ، فلما رأيت الهزيمة فينا أهوت الى قائم سيفى لتقتلنى فقتلتها فلم ينكر عليه رســـول الله ـ صلى الله عليه وسلم »(١٢) .

وجه الدلالة :

أن الرسول عليه الصلاة والسلام لما أخبره الرجل بقتـــل المرأة التى أرادت قتله لم ينكر عليه ذلك بل أقره على صنيعه هذا ، وتقريره عليه الصلاة والسلام حجة يستدل بها فدل ذلك على جواز قتل المرأة اذا ما قاتلت .

ثالثا : المعقــول :

وأما المعقول : فهو أن للمرأة قوة عظمى فى القتال ، وهذا يتطلب أنها اذا ما قاتلت حل قتلها جزاء فعلها وفى هذا الشأن يقول ابن‌العربى فى تفسيره(١٣) « وللمرأة آثار عظيمة فى القتال منها الامداد بالأموال

---

(١٢) انظر نيل الأوطار للشوكانى جـ ٧ ص ٢٤٧ . والحديث رواه أبو داود فى مراسيله من رواية عكرمة ، ووصله الطبرانى فى الكبير من حديث مقسم عن ابن عباس ـ رضى الله عنهما انظر : تلخيص الحبير ١٠٢/٤

(١٣) أحكام القرآن لأبى العربى جـ ١ ص ١٠٥ .

ومنها التحريض على القتال فقد كن يخرجن ناشرات شعورهن ناديات بالثأر مثيرات له معيرات بالفرار وذلك يحسن قتلهن » •

ثانيا : الرهبان ، والزمنى والشيوخ الكبار والأجراء :

نفرق فى هذا بين حالتين :

الحالة الأولى : مباشرتهم للقتال حقيقة أو معنى •

الثانية : عدم مباشرتهم له •

ففى الحالة الأولى(١٤) اتفق الفقهاء على جواز قتل الراهب والمريض والشيخ الفانى والأجير وغيرهم من أهل الحرب اذا باشروا القتال حقيقة أو معنى بأن كان لهم رأى ومشورة فى الحرب •

واستدلوا لذلك :

بما روى عن النبى — صلى الله عليه وسلم — أنه لما فرغ من حنين بعث أباعامر على جيش أوطاس ملقى دريد بن الصمة وقد كان نيفه على المائة وقد أحضروه ليدبر لهم الحرب فقتله أبو عامر ولم ينكر — النبى صلى الله عليه وسلم ذلك عليه — »(١٥) •

---

(١٤) المغنى لابن قدامة ج ٨ ص ٤٧٨ ، بدائع الصنائع ج ٩ ص ٤٣٠٨ ، الفتح القدير ج ٥ ص ٤٥٣ ، بداية المجتهد لابن رشد ج ١ ص ٥٢٥ ، رحمة الأمة فى اختلاف الأئمة ص ١٩٢ •

(١٥) نيل الأوطار للشوكانى ج ٧ ص ٢٤٨ ، تلخيص الحبير ج ٤ ص١٠٣ من حديث أبى موسى الأشعرى رضى الله عنه •

وجه الدلالة :

لما قتل أبو عامر دريد بن الصمة مع كونه زاد عن المائة سنة لم ينكر عليه رسول الله ــ صلى الله عليه وسلم بل أقره على صنيعه هذا وتقريره عليه الصلاة والسلام حجة يستدل بها فدل هذا على جواز قتل الشيخ الفانى وما شابهه اذا اشترك فى القتال ولو بالمشورة والرأى لأن المشورة والرأى أعظم أثرا فى الحرب من القتال .

أما فى حالة عدم مباشرتهم للقتال فقد اختلف الفقهاء على قولين:
الأول : ذهب الامام أبو حنيفة ومالك وأحمد بن حنبل والشافعى فى احدى الروايتين عنه بأنه لا يجوز قتلهم(١٦) .

الثانى : ذهب الامام الشافعى فى أصح الروايتين له والظاهرية وابن المنذر الى القول بأنه يجوز قتلهم(١٧) .

أدلة القول الأول :

استدل أصحاب القول الأول على عدم جواز قتل هؤلاء الأصناف فى هذه الحالة بالسنة وذلك فيما يأتى :

١ ــ ما روى عن ابن عباس ــ رضى الله عنهما ــ أنه قال : كان رسول الله ــ صلى الله عليه وسلم ــ اذا بعث جيوشه قال : اخرجوا باسم الله تعالى تقاتلون فى سبيل الله من كفر بالله ،

---

(١٦) بدائع الصنائع جـ ٤٣٠٧/٩ ، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ١٧٦/٢ ، المغنى لابن قدامة ٢٩٦/٨ .

(١٧) نهاية المحتاج جـ ٦٤/٨ ، والمحلى لابن حزم جـ ٢٩٦/٧ رحمة الأمة فى اختلاف الأئمة ص ١٩٢ ، ١٩٣ .

ولا تغدروا ولا تغلوا ، ولا تمثلوا ، ولا تقتلوا الولدان ولا أصحاب الصوامع »(١٨) .

٢ ـ ما روى عن أنس بن مالك رضى الله عنه أن النبى ـ صلى الله عليه وسلم ـ قال : « انطلقوا باسم الله وبالله وعلى ملة رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ لا تقتلوا شيخا فانيا ، ولا طفلا صغيرا ولا امرأة ، ولا تغلوا ، وضموا غنائمكم وأصلحوا وأحسنوا ان الله يحب المحسنين »(١٩) .

٣ ـ وجاء فى حديث رباح بن الربيع النهى عن قتل العسيف(٢٠) فى قوله عليه الصلاة والسلام لأحد أصحابه « ألحق خالدا فقل له لا تقتلوا ذرية ولا عسيفا »(٢١) .

٤ ـ ما روى عن أبى بكر الصديق ـ رضى الله عنه ـ أنه أوصى يزيد بن أبى سفيان حينما أرسله الى الشام بقوله « ستجد قوما حبسوا أنفسهم فدعهم وما حبسوا أنفسهم له »(٢٢) .

وجه الدلالة من هذه الأحاديث :

هذه الأحاديث اشتملت على النهى الذى يدل فى الأصل على

---

(١٨) انظر تلخيص الحبير جـ ٤ ص ١٠٣ والحديث رواه الامام أحمد نيل الأوطار للشوكانى جـ ٧ ص ٢٤٦ ، ٢٤٧ .

(١٩) المرجع السابق جـ ٧ ص ٢٤٦ ، تفسير القرطبى جـ ٢ ص ٢٨٠ سنن أبى داود جـ ٦/٢ ، أحكام القرآن لابن العربى جـ ١٢ ص ١٠٥ .

(٢٠) العسيف : هو الأجير لفظا ومعنى ، نيل الأوطار جـ ٧ ص ٢٤٨ المصباح المنير ص ٤٨٧ .

(٢١) المرجع السابق جـ ٧ ص ٢٤٦ ، أخرجه أبو داود جـ ٢ ص٦

(٢٢) المرجع السابق نفس الجزء والصفحة .

التحريم وبذلك تكون قد دلت على عدم جواز قتل هؤلاء الأصناف في حالة عدم مباشرتهم للقتال سواء أكان بالحقيقة أم بالرأي والمشورة

أدلة القول الثاني :

استدل أصحاب هذا القول على جواز قتلهم بالكتاب والسنة .

أولا : الكتاب :

وأما الكتاب فقوله تبارك وتعالى : « فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم »(٢٣) .

وجه الدلالة :

أن المولى سبحانه وتعالى أمر المسلمين بقتال المشركين والأمر هنا عام يشمل كل مشرك بلا استثناء ، فلا فرق بين الشيخ والشاب والراهب وغيره أو الذكر والأنثى والصحيح والزمن ، فدلت هذه الآية على جواز قتلهم مطلقا بلا استثناء .

ثانيا : السنة :

وأما السنة فقوله — صلى الله عليه وسلم — « أمرت أن أقاتل الناس حتى يشهدوا أن لا اله الا الله وأن محمدا رسول الله »(٢٤)

وجه الدلالة :

أن لفظ الناس عام أريد به خاص وهم المشركون فدل هذا الحديث

---

(٢٣) آية رقم ٥ من سورة التوبة .

(٢٤) تلخيص الحبير ج ٤ ص ٨٧ . زاد المسلم فيما اتفق عليه البخاري ومسلم ج ١ ص٥٥ عن عمرو وأبي هريرة وابن عمر رضي الله عنهم

على قتل كل من اتصف بهذا الوصف وهو الشرك أيا كانت شخصيته راهبا أو غيره •

سبب اختلاف الفقهاء فى ذلك(٢٥) :

بعد أن عرضنا أدلة القائلين بجواز قتل هؤلاء الأصناف السابق ذكرهم ، وأدلة القائلين بعدم جواز قتلهم يتبين لنا أن السبب فى اختلافهم يرجع الى التعارض بين الأدلة وذلك من وجهين :

الوجه الأول :

معارضة الأحاديث التى استدل بها الفريق الأول للعموم المستفاد من الكتاب والسنة وذلك فيما ذكرنا من أدلة الفريق الثانى ، فهذه الأحاديث معارضة لعموم الكتاب وذلك فيما ذكرنا من قوله تعالى : « فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم » فظاهر هذه الآية تدل على جواز قتل كل مشرك بلا استثناء •

ولعموم السنة وهو حديث ابن عمر السابق ذكره « أمرت أن أقاتل الناس حتى يشهدوا أن لا اله الا الله وأن محمدا رسول الله » فهو يدل على جواز قتل كل مشرك وهى تدل كما أوضحنا على عدم جواز قتل هؤلاء الأصناف •

دفع هذا التعارض :

ويمكن لنا دفع هذا التعارض فنقول : أن من ذهب الى القول

---

(٢٥) تفسير القرطبى جـ ٢ ص ٣٣٨ ، بداية المجتهد لابن رشد جـ ١ ص ٥٧٥ •

بعدم جواز القتل لمن ذكروا يرى أن هذه الأحاديث التى استدل بها لمذهبه مخصصة للعموم المستفاد من الكتاب والسنة ومن ذهب الى القول بجواز القتل يرى أن هذه الأحاديث لا تصلح فى نظره أن تكون مخصصة لا لعموم الكتا بولا للسنة وذلك اما لعدم ثبوتها ، واما لنسخها •

وغير الثابت والمنسوخ لا يصح الاستدلال به •

الوجه الثانى :

وهو الأولى هو معارضة الكتاب للكتاب •

فقوله سبحانه وتعالى : « وقاتلوا فى سبيل الله الذين يقاتلونكم ولا تعتدوا ان الله لا يحب المعتدين »(٢٦) معارض لقوله سبحانه وتعالى : « فاذا انسلخ الأشهر الحرم فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم »(٢٧) •

فمن ذهب الى القول بجواز القتل (الشافعى ومن معه) يرى أن آية البقرة منسوخة بأية التوبة التى تدل بعمومها على جواز قتل المشركين مطلقا •

ومن ذهب الى القول بعدم جواز قتلهم وهم (جمهور الفقهاء) يرى أن آية البقرة محكمة لا نسخ فيها وأنها لا تشمل هؤلاء الأصناف الذين لم يقاتلوا وأنها استثناء من عموم آية التوبة •

---

(٢٦) آية رقم ١٩٠ من سورة البقرة •

(٢٧) آية رقم ٥ من سورة التوبة •

وبهذا قال ابن عباس وعمر بن عبد العزيز ، ومجاهد وهو أصح القولين كما قال أبو جعفر النحاس(٢٨) .

والراجــح :

بعد أن عرضنا أقوال الفريقين وذكرنا أدلة كل فريق على حده وبينا سبب الاختلاف بين هذه الأدلة ودفعنا التعارض يظهــر لنا أن القول بعدم جواز قتل هؤلاء الأصناف السابق ذكرهم هو الراجح وذلك لأنهم ليسوا بأهل للقتال حيث لا طــاقة لهم به فيكون قتلهم فيــه اعتداء عليهم .

وقد نهينا عنه بقوله تعــالى : « ولا تعتــدوا ان الله لا يحب المعتدين » .

والله أعلم بالصواب

ثالثا : حكم المستشار الحربى :

بالنظر الى المستشــار الحربى نجد أنه محــارب لأنه وان كان لا يشترك فى القتال بالفعل لكنه يشترك بالرأى لأن الحرب كما تحتاج الى أسلحة ورجال كذلك فانها تحتاج الى تخطيط حربى دقيق .

وعمل المستشار الحربى هو رســم الخطط الحربيــة التى يقوم المجاهدون بتنفيذها ، ومما لاشك فيه أن الرأى أعظم المعونة فى الحرب عليه يتوقف تحقيق النصر أو الهزيمة لذلك أمر النبى ــ صلى الله عليه وسلم ــ بقتل دريد بن الصمة مع أنه كان شيخا كبيرا لأنه كان ذا رأى حتى صدره قومه للمشورة(٢٩) .

---

(٢٨) تفسير القرطبى جـ ٢ ص ٣٤٨ .

(٢٩) انظــر : ســيرة ابن هشام جـ ٢ ص ٤٥٣ ، والأم للشــافعى جـ ٤ ص ٢٤٠ .

وأما غير المقاتلين الذين لا يشتركون فعــلا فى الحرب ، كرئيس الدولة ، والأطبــاء والصيادلة العسكريين ورجال البريد العســكرى هؤلاء وان لم يقاتلوا فعلا فهم من المحاربين •

لأن رئيس الدولة يقوم بتقوية الروح المعنوية للجيش ، والأطباء ونحوهم يقدمون خدمات للمحاربين يترتب عليهــا أن يعــود الجريح صحيحا الى معركة ثانية فيزيد من قوة العدو •

والحكم بقتل هؤلاء يتفق مع الروح العامة عند الفقهاء ويتلاءم مع واقع الحروب الاسلامية •

ولكن بعض الباحثين يرى أن يسلك مع الأطباء والمرضين خاصة فى وقتنا الحاضر مسلكا يتسم بالتسامح فلا يقتلون وانما يؤخذون أسرى حتى تنقضى الحرب لأن عملهم فى الغالب الأعم انسانى يشــمل الطرفين المتحاربين (٣٠) •

والقانون الدولى اعتبر هؤلاء محاربين ولهم الحق فى المعاملة التى يلقاها أسرى الحرب •

لكن الاسلام قد وجه اهتمامه الى حســم مادة الحرب فى أقرب وقت فأجاز قتل من يعتبر فى حكم المقاتلين مثل هؤلاء • واقتصر القانون الدولى على أن يؤخذوا أسرى حرب (٣١) •

---

(٣٠) انظر : السياسة الشرعية للمرحوم عبد الوهاب خلاف ص ٨٩ المكتبة السلفية عام ١٣٥٠هـ •

(٣١) انظر : أثار الحرب فى الفقه الاسلامى ص ٥٥ للدكتور وهبة الزحيلى •

رابعا : حكم الرسل فى الحرب :

أجمع الفقهاء على أن الرســل لا يقتلون (٣٢) واستدلوا على ذلك بما روى عن أبى وائل قال : لمــا قتل عبد الله بن مســعود ابن النواحة قال : ان هذا وابن آثال قد كانا أتيا رسول الله ــ صلى الله عليه وسلم ــ رسولين لمسيلمة فقال لهما رسول الله ــ صلى الله عليــه وسلم ــ لو كنت قاتلا رسولا لضربت أعناقكما (٣٣) .

هذه السنة التى سنها النبى ــ صلى الله عليه وسلم ــ واتبعهــا صحابته قــد درجت على جميــع الممثلين الدبلوماسيين والأجانب حتى ولو لم تراع دولة هؤلاء المعاملة بالمثل لذا منع الغدر برســل الأعداء هذا مما لاشك فيه اسمى مما نراه فى القوانين والاعراف الدولية .

خامسا : النهى عن التمثيل فى الحرب :

ومن الآداب الاسلامية فى القتال النهى عن التمثيل بجثث القتلى من الأعداء .

وقد أجمع (٣٤) الفقهــاء على تحريم المثلة واســتدلوا على ذلك بمــا يأتى :

١ ــ ما روى عن صفوان بن عســال قال : بعثنا رسول الله صلى

---

(٣٢) انظر : نهاية المحتاج جـ ٨ ص ٦١ ، والمهذب للشيرازى جـ ٢ ص ٢٣٤ وحاشية البيجرمى جـ ٤ ص ٤٥٣ والبحر الزخار جـ ٥ ص ٣٩٨

(٣٣) رواه أحمد والحــاكم من حديث إبن مســعود رضى الله عنه . وأبو داود والنسائى ــ راجع تلخيص الحبير جـ ٤ ص ١٠٣/١٠٤ .

(٣٤) انظر : نيل الأوطار للشوكانى جـ ٧ ص ٢٤٩ ، سبل السلام للصنعانى جـ ٤ ص ٤٦ .

الله عليه وسلم ـ فى سرية فقال : « سيروا باسم الله وفى سبيل الله قاتلوا من كفر بالله ، ولا تمثلوا ولا تغدروا ، ولا تقتلوا وليدا » (٣٥) .

٢ ـ ما روى عبد الله بن زيد قال : نهى النبى ـ صلى الله عليه وسلم ـ عن النهب والمثلة(٣٦) .

٣ ـ ما روى عن عمران بن حصين قال : كان النبى ـ صلى الله عليه وسلم ـ يحثنا على الصدقة وينهانا عن المثلة (٣٧) .

٤ ـ ما روى أن عمر بن الخطاب قال لرسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ دعنى أنتزع ثنية سهيل بن عمرو يدلع لسانه فلا يقوم عليك خطيبا فى موطن أبدا فقال رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ لا أمثل به فيمثل الله بى وان كنت نبيا (٣٨) .

٥ ـ ما روى عن على بن أبى طالب قال كان رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ اذا بعث جيشا من المسلمين الى المشركين قال : « انطلقوا باسم الله ... ولا تغورن عينا ولا تعقرن شجرا الا شجرا يمنعكم قتالا أو يحجز بينكم بين المشركين ولا تمثلوا بآدمى ولا بهيمة (٣٩) .

---

(٣٥) نيل الأوطار جـ ٧ ص ٢٤٨ مكتبة دار التراث بالقاهرة كنز العمال جـ ٤ ص ٣٩١ .

(٣٦) سبل السلام جـ ٤ ص ٤٦ .

(٣٧) نيل الأوطار جـ ٧ ص ٢٤٧

(٣٨) البداية والنهاية جـ ٣ ص ٣١٠ لابن الأثير .

(٣٩) رواه البيهقى فى السنن الكبرى جـ ٩ ص ٩١ ، كنز العمال جـ ٤ ص ٤٧٨ .

وجه الدلالة من هذه الأحاديث :

هذه الأحاديث كلها مروية عن رسول الله — صلى الله عليه وسلم — وهى تنهى عن التمثيل فى الحروب والنهى فى الأصل للتحريم مالم يكن هناك صارف الى غيره ولا صارف هنا فدلت هـذه الأحاديث كلها على تحريم المثلى فى الحروب .

التعذيب بالنار :

ومما يتصل بتحريم المثلة التعذيب بالنار فقد نهى النبى صلى الله عليه وسلم — عن التحريق بالنار أشد النهى واعتبره اعتداء على حق الألوهية وهاك الأحاديث التى تدل على نهى التحريق بالنار فيما يلى :

١ — ما روى عن رسول الله — صلى الله عليـه وسلم أنه قال : ولا ينبغى أن يعذب بالنار الا رب النار (٤٠) .

٢ — ما روى ابى هريرة رضى الله عنه — قال :بعثنا رسول الله — صلى الله عليـه وسلم — فى بعث فقـال : ان وجـدتم فلانا وفلانا فأحرقوهما بالنـار ، ثم قال حين أردنا الخروج انى كنت أمرتكم أن تحرقوا فلانا وفلانا ، وان النار لا يعذب بها الا الله ، فان وجدتموهما فاقتلوهما (٤١) .

— ما روى عن على — رضى الله عنـه — أتى بزنادقة فأحرقهم فبلغ ذلك ابن عباس فقال : لو كنت أنا لم أحرقهم لنهى النبى — صلى الله عليه وسلم — لا تعذبوا بعذاب الله (٤٢) .

---

(٤٠) نصب الراية للزيلعى ج ٣ ص ٤٠٧ .

(٤١) أخرجه البخارى . انظر فتح البارى ج ٦ ص ١٤٩ ، نيل الأوطار للشوكانى ج ٧ ص ٢٤٨ .

(٤٢) أخرجه البخارى . انظر فتح البارى ج ٦ ص ١٥١ .

وجه الدلالة :

ان هذه الأحاديث وان كانت أخبارا الا أنها بمعنى النهى والنهى فى الأمثال للتحريم مالم يكن هناك صارف ولا صارف هنا فدلت هـذه الأحاديث على تحريم التعذيب بالنار •

وان قيل أن النبى ــ صلى الله عليه وسلم ــ سمل أعين العرنيين بالحديد •

يجاب على ذلك بما يأتى :

١ ــ أن حديث العرنيين منسوخ بالأحاديث السابقة لما ورد فى لفظ البيهقى قال أنس ما خطبنا رسول الله ــ صلى الله عليـه وسلم ــ بعد هذا خطبة الا نهى نهيا عن المثلة (٤٣) •

٢ ــ واما أن يكون من باب المعاملة بالمثـل عقوبة على جريمتهم قال ابن حجر ومال جماعة منهم ابن الجوزى الى أن ذلك وقع عليهم على سبيل القصاص لما عند مسلم من حديث سليمان التميمى عن أنس « انما سمل النبى ــ صلى الله عليه وسلم ــ أعينهم لأنهم سملوا أعين الرعاه (٤٤) •

٣ ــ قال أستاذنا المرحوم الشيخ محمد أبو زهرة أن حديث العرنيين مع اتفاقنا عليه فهو خبر آحاد ، واذا تعارض خبر الأحاد مع مبادىء الاسلام المقررة الثابتة من عدة طرق عن النبى ــ صلى الله عليه وسلم ــ فى النهى عن المثلة والاحسان الى المقتول ، فانه لا يؤخذ به ولا نقبل روايته ويكون ذلك طعنا فى نسبته (٤٥) •

---

(٤٣) ذكر ذلك الزيلعى فى نصب الراية ج ٣ ص ٣٨٥ •

(٤٤) انظر : فتح البارى ج ١ ص ٢٩٠ تحقيق سيد صقر •

(٤٥) انظر : كتابه أبو حنيفة ص ٢٥٠ •

نقل رؤوس القتلى :

ومما يتصل بالمثلة نقل رؤوس القتلى من بلادهم الى بلاد المسلمين .

فقد كره الفقهاء ذلك واستدلوا على ذلك بما يأتى :

١ ـ ما روى البيهقى عن عبد الله ، رضى الله عنه قال : قال : رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ أعف الناس قتلة أهل الايمان(٤٦).

وجه الدلالة : هذا الحديث يدل على تحريم المثلة وحمل الرؤوس من بلادهم الى بلاد المسلمين .

٢ ـ ما روى عن الزهرى أنه قال : لم يحمل الى النبى ـ صلى الله عليه وسلم ـ رأس قط وحمل الى أبى بكر الصديق فأنكره وأول من حملت اليه الرؤوس عبد الله بن الزبير (٤٧) .

وجه الدلالة : أن عدم حمل رأس الى رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ وانكار سيدنا أبى بكر ذلك حينما حمل اليه دليل على كراهية نقل الرؤوس من بلادهم الى بلاد المسلمين .

بهذا يتضح لنا الفرق بين تعاليم الاسلام التى تهدف الى المحافظة على كرامة الانسان التى منحها الله له بمقتضى انسانيته حيث قال الله سبحانه وتعالى : « ولقد كرمنا بنى آدم » (٤٨) وليس من الغريب أن

---

(٤٦) انظر : سنن البيهقى ج ٩ ص ٧١ .

(٤٧) انظر : المغنى لابن قدامة ج ٨ ص ٤٩٤ .

(٤٨) الآية ٧٠ من سورة الاسراء .

تحترم الكرامة الانسـانية فى الحروب الاسلامية ، لأن الحرب فى نظر الاسلام انما هو وسيلة يلجأ اليها عند الضرورة •

هذه هى تعاليم الاسلام السامية والتى تخالف بلا شك تعـاليم الأمم المتحضرة المبنية على الظلم والبغى والعدوان لأنها مستمدة من الطبائع البشرية •

اذا فانهم يقتلون النساء والصبيان والشيوخ والعجزة وغيرهم، بل وينتهكون أعراض النساء ويمثلون بجثث القتلى ويشوهونها •
والله أعلم بالصواب

المطلب الثالث : أسباب النصر فى الاسلام :

تمهيد : شرع الله سبحانه وتعالى الجهاد وبين لنا الغرض منه وهو أن يكون فى سبيل الله والانتصار على العدو لاظهار الحق وازهاق الباطل، ومن المعلوم أن الصراع بين الحق والبـاطل سـنة من سنن الاجتماع البشرى ، وقد حث الله سبحانه عباده على السير فى الأرض والتـأمل فيما حل بالأمم السـابقة قبلهم ليحصل لهم العلم الصحيح المبنى على المشاهدة والاختبار ، ويسترشدوا بذلك الصراع الذى وقع بين الحق والباطل فى الأمم السـابقة حيث انتصر أهل الحق على أهل البـاطل بتمسكهم بسنن الله واتباع ما أمر الله به من الاستعداد للحرب واعداد العدة لقتال العدو (١) •

قال تعالى : « قد خلت من قبلكم سنن فسيروا فى الأرض فانظروا كيف كان عاقبة المكذبين ، هذا بيان للناس وهدى وموعظة للمتقين » (٢)

---

(١) انظر : تفسير المراغى جـ ١ ص ٧٤ •
(٢) الآيتان ١٣٧ ، ١٣٨ من سورة آل عمران •

وقال أيضا : « ولو قاتلكم الذين كفروا لولوا الأدبار ثم لا يجدون وليا ولا نصيرا سنة الله التى قد خلت من قبل وان تجد لسنة الله تبديلا » (٣) .

وقد وعد الله تعالى بنصر الحق على الباطل مهما كانت له من صولة وجاء هذا الوعد على ألسنة رسله جميعا قال الله تعالى : « ولقد سبقت كلمتنا لعبادنا المرسلين انهم لهم المنصورون وان جندنا لهم الغالبون » (٤) فالله سبحانه وتعالى جعل نصر عباده الذين يجاهدون فى سبيله ظاهرة كونية وسنة من سنن الوجود ولا تتغير ولا تتبدل . وفى هذا يقول بعض الباحثين : بالنظر فى الآيات الواردة فى هذا الشأن نجد أنها أرشدت بأن الله سبحانه وتعالى انما ينصر بمقتضى سننه فى خلقه من ينصره ويتقيه باقامة العدل واقرار الأمن وبث الطمأنينة ولا يتخذ الحرب أداة للتخريب والافساد وانما وسيلة الى عمارة الكون وانفاذ أمر الله فى الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر (٥) ويقول أيضا (٦) وفى القرآن الكريم آيات كثيرة تحمل عدة الله لعباده المؤمنين بالنصر والتأييد وعلو الكلمة ونفود السلطان ، ولكنها لم تجعل هذه العدة منحة تتنزل عليهم من السماء لمجرد أن يقولوا ربنا الله أو لمجرد أنهم منتسبون الى دين الله ، وانما جعل عدة النصر لمن عرف واجب الايمان فى حق نفسه ، ثم أخلص فى القيام بهذا الواجب حينئذ يكون قد أوفى بعهد الله فيوفى بعهده قال تعالى : « وأوفوا بعهدى أوف بعهدكم » (٧) ولهذا نفى القرآن الكريم أن يكون نصر الله بمجرد

---

(٣) سورة الفتح الآية ٢٢ ، ٢٣ .
(٤) سورة الروم الآية ٤٧ .
(٥) راجع : تفسير القرآن الكريم للشيخ شلتوت ص ٣٤٤ .
(٦) راجع من توجيهات الاسلام ص ٣٧٢ .
(٧) سورة البقرة الآية ٤٠ .

الانتماء الى دين أو كتاب أو بالتمنى والأمان حيث قال جل شأنه « ليس بأمانيكم ولا أمانى أهل الكتاب من يعمل سوءا يجز به ولا يجد له من دون الله وليا ولا نصيرا ، ومن يعمل من الصالحات من ذكر أو أنثى وهو مؤمن فأولئك يدخلون الجنة ولا يظلمون نقيرا » (٨) .

والباحث المتأمل اذا دقق النظر فى آيات الجهاد الواردة فى القرآن الكريم ، يجد أنها رسمت طريق النصر واضحا جليا ، وبينت أسباب الهزيمة وهى بحق تعد دستورا كاملا للنصر وأسباب الهزيمة (٩) .

ويستنتج من كل ما سبق أن النصر فى الجهاد يرتكز على دعامتين أساسيتين هما :

١ ــ الاعداد المادى .

٢ ــ الاعداد المعنوى .

وسوف نتكلم بشىء من التفصيل عن كل واحدة نهما .

أولها : الاعداد المادى :

من أسباب النصر فى الجهاد الاستعداد لملاقاة الأعداء عملا بقوله تعالى : « وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم وآخرين من دونهم لا تعلمونهم الله يعلمهم وما تنفقوا من شىء فى سبيل الله يوف اليكم وأنتم لا تظلمون »(١٠) .

---

(٨) سورة النساء الآيتان ١٢٤ ، ١٢٤ .

(٩) راجع آيات الجهاد ص ١١١ .

(١٠) سورة الأنفال الآية رقم ٦٠ .

أمر الله سبحانه وتعالى عباده المؤمنين فى هــذه الآية الكريمة أن يستعدوا لقتال عــدوهم الذى لابد منــه لنصر الحق والعــدل وبث الطمأنينة بين الناس ، ودفع عدوان المعتدى وشره ، وانما أمــر الله سبحانه وتعالى بذلك لأن الاعداد للحرب وسيلة من أقوى الوســائل لتجنبها ولا يخفى أن الذى قرر هذا المبدأ هو الحكيم العليم بخفــايا النفوس والنفس الانسانية قد يردعها الخوف فيثنيها عن الاعتــداء فيكون ذلك مدعاة الى المعيش فى أمن وسلام •

(وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة) بالنظر فى هذا النص القرآنى الكريم نجد أنه ترك تحديد القوة المطلوبة لأن الاعداد يختلف باختلاف درجات الاستطاعة ونوع القوة فى كل زمان ومكان

لذا : فانه يجب على الأمة الاسلامية أن تحشــد كل ما تستطيع حشده من قوة لمواجهة عدوها فى حدود طاقتها بحيث لا تقصر فى اتخاذ أى سبب من أسباب القوة يدخل تحت طاقتها •

وفى هذا يقول بعض الباحثين (١١) •

والشرائع السماوية جعلت القوة سلاحا للحق تحميه وتدافع عنه قال تعالى « لقد ارسلنا رسلنا بالبينات وأنزلنا معهم الكتاب والميزان ليقوم الناس بالقسط وأنزلنا الحديد فيه بأس شديد » (١٢) •

وقد وضح لنا القرآن الكريم الأسس والقواعد التى يقوم عليها اعداد القوة المادية ومنها : اعداد الرجال المقاتلين وهذا الاعداد يقتضى التدريب على فنون الحرب تمشيا مع الواقع الملموس ، لهذا فقد درب

---

(١١) الجهاد للدكتور عبد الحليم محمود ص ١٤ المؤتمر الرابع •

(١٢) سورة الحديد الآية ٢٥ •

النبى — صلى الله عليه وسلم — رجاله على فنون الحرب واشترك معهم فى الاستعداد للقتال ، وعد السعى فى هـذه الميادين خطوات من أجل القرب وأقدس العبادات (١٣) .

وقد كان — صلى الله عليه وسلم — يحث المسلمين على التدريب على الفروسية والسباحة والرمى بالنبل (١٤) .

روى عن عقبة بن عامر — رضى الله عنه — يقول : سمعت رسول الله — صلى الله عليه وسلم — وهو على المنبر يقول : « وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة » ألا ان القوة الرمى ، ألا ان القوة الرمى ، ألا ان القوة الرمى وهذا كما قال بعض المفسرين من قبيل : « الحج عرفة » بمعنى أن كلا منهما أعظم الأركان فى بابه ، وانما كان الرمى فى الحرب هاما لأن رمى العدو من بعد بما يؤدى الى قتله أسلم من مناجزته عن قرب ، واطلاق الرمى فى الحديث يشمل كل ما يرمى به من سلاح أياكان نوع هذا السلاح (١٥) .

وروى عن النبى — صلى الله عليه وسلم — أنه قال : « كل شىء يلهو به الرجل باطل الا رميه بقوسه وتأديبه فرســه وملاعبته أهله فانه من الحق » .

قال القرطبى : ان كل ما يتلهى به الرجل مما لا يفيد فى العــاجل ولا فى الآجل فائدة فهو باطل والاعراض عنه أولى وهذه الأمور الثلاثة فانه وان كان يفعلها على أنه يتلهى وينشط فانها حق لاتصالها بما قد

---

(١٣) راجع : تفسير القرآن للشيخ شلتوت ص ٢٤٢ .

(١٤) فقه السيرة للغزالى ص ٣٢٢ .

(١٥) المؤتمر الرابع ص ٢٦٢ أسباب النصر التى شرعها الله تعالى

يفيد فان الرمى بالقوس وتأديب الفرس من الأمور التى تعـاون على القتال ، وملاعبة الأهل قد تؤدى الى ما يكون عنه ولد يوحد الله ويعبده فلذا كانت هذه الأمور الثلاثة من الحق (١٦) •

وعن سلمة بن الاكوع أن النبى ـ صلى الله عليه وسلم ـ مر على نفر من أسلم يتفضلون بالسهام فقال ـ صلى الله عليه وسلم ـ ارموا بنى اسماعيل فان أباكم كان راميا وأنا مع بنى فلان ، قال فأمسك أحد الفريقين بأيديهم فقـال رسول الله ـ صلى الله عليـه وسلم ـ مالكم لا ترمون ؟ قالوا : وكيف نرمى وأنت معهم ؟ فقال ـ صـلى الله عليه وسلم ـ « أرموا وأنا معكم كلكم » (١٧) دل هـذا الحديث على أن الاسلام رغب فى تعلم الرمى والمناضلة بقصد الجهاد فى سـبيل الله تعالى •

وقد أثر عن عمر بن الخطاب ـ رضى الله عنه ـ أنه قال : علموا أولادكم السباحة والرماية ومروهم فليثبوا على الخيل وثبا •

وبعد هذا نستطيع أن نقول : الواجب على الأمة الاسلامية أن تعنى بتربية الأجيال الناشئة تربية جسمية وعقلية وخلقية لأن العنايه بهذه النواحى الثلاث تؤدى الى وجـود رجال أقوياء يستطيعون قهر الأعداء عند اللقاء لأنهم حينذاك يقاتلون بصدق واخلاص لحماية دينهم وعرضهم ومالهم ووطنهم ، ومما لا شك فيه أن من قاتل فى سبيل الله وامتلأ قلبه ثقة بنصر الله فان الله سـينصره قال تعالى : « وكان حقا علينا نصر المؤمنين » •

---

(١٦) راجع : تفسـير القرطبى ج ٨ ص ٣٦ ، وفقه السنة ج ١١ ص ٩٥ •

(١٧) انظر : صحيح البخارى ج ٤ ص ٤٥ وأحكام القرآن لابن العربى ج ٢ ص ٨٦١ ، ٨٦٢ •

ومن القوة المطلوب اعداها محاكاة العدو فيما يعده من وسائل الدفاع والهجوم فيجب علينا أن نصنع مثل ما يصنع لنماثله فى القوة ونفضل عليه لأننا ندافع عن الحق وهو يدافع عن الباطل ، والباطل لا محالة زائل يؤيد هذا ما روى أن أبا بكر الصديق ــ رضى الله عنه ــ وصى خالد بن الوليد فقال له : « اذا لقيت القوم فقاتلهم بالسلاح الذى يقاتلونك به ، السهم للسهم ، والرمح للرمح ، والسيف للسيف » .

اذن يجب علينا أن نعد للعدو جميع أنواع الأسلحة التى نستطيع صنعها أو الحصول عليها لمواجهته فان فعلنا ذلك نكون قد فعلنا ما أمرنا الله به وخرجنا عن عهدة التكليف ، أما اذا لم نفعل ذلك وكان فى استطاعتنا حينئذ لم نخرج عن عهدة التكليف الذى أمرنا الله به (١٨).

رباط الخيل :

ومن الاعداد المادى : رباط الخيل قال تعالى : (ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم ...)(١٩) الآية وقد بين لنا القرآن الكريم أن الأنبياء والمرسلين قد أدلوا الخيل عناية خاصة من ذلك أن سليمان عليه السلام عندما احتاج الى الغزو أمر باحضار الخيل وأمر باجرائها ثم أمر باعدائها حتى غابت عن بصره ثم أمر الرائضين أن يردوها عليه فلما عادت اليه طفق يمسح سوقها وأعناقها تشريفا لها لكونها من أعظم العون فى دفع العدو (٢٠) يوضح هذا قول الله تبارك وتعالى : « ووهبنا لداود سليمان نعم العبد أنه أواب اذ عرض عليه بالعشى الصافنات الجياد ، فقال انى أحببت حب الخير عن ذكر ربى

---

(١٨) الجهاد فى التشريع الاسلامى ص ٧٣ د. محمود محمد على .

(١٩) سورة الأنفال الآية ٦٠ .

(٢٠) راجع آيات الجهاد فى القرآن الكريم ص ١١٧ ، ١١٨ .

حتى توارت بالحجاب ردوها على فطفق مسحا بالسوق والأعناق »(٢١).

ونبينا محمد ــ صلى الله عليه وسلم ــ قد رغب فى اقتناء الخيل والقيام عليها لما فيها من الأجر والغنيمة والقوة المخيفة للأعــداء فى عهده ــ صلى الله عليه وسلم ــ يؤيد هذا ما ورد من أحاديث فى فضل الخيل ، جاء فى صحيح البخارى (٢٢) « الخيل معقود فى نواصيها الخير الى يوم القيامة الأجر والمغنم » ورد أيضا « من احتبس فرسا فى سبيل الله ايمانا وتصــديقا اوعــده فان شــبعه وريه وبوله فى ميزانه يوم القيامة » .

والرباط يتضمن معانى ثلاثة (٢٣) :

١ ــ الحراسة بحيث لا توجد ثغرة ينفذ منها العدو الى الديار الاسلامية لقول الامام على رضى الله عنه ــ (ماغزى قوم فى عقــر دارهم الا ذلوا) .

٢ ــ ارهاب العدو وجعله فى خوف ووجل مستمرين اذ يعلم أن وراء المرابطة جيشا يحمى الديار .

٣ ــ أن يكون هناك اســتعدادا للقتال يكون معه مران وتدريب فيتكامل بذلك الاستعداد ولا يؤتى المؤمنون على غرة قط .

ويؤيد الأحاديث الواردة فى هــذا الشــأن : جاء فى صــحيح البخارى (٢٤) : « رباط يوم فى سبيل الله خير من الدنيا وما عليها »

---

(٢١) سورة ص الآيات من ٣٠ الى ٣٣ .

(٢٢) راجع : صحيح البخارى جـ ٤ ص ٢٤ .

(٢٣) راجع الجهاد للشيخ أبى زهرة ص ٧ المؤتمر الرابع .

(٢٤) انظر : صحيح البخارى جـ ٤ ص ٤٢ .

وجاء فى نيل الأوطار(٢٥) : « عن سلمان الفارسى — رضى الله عنه قال : سمعت رسول الله — صلى الله عليه وسلم — يقول : رباط يوم وليلة خير من صيام شهر وقيامه وان مات أجرى عليه عمله الذى كان يعمله ، وأجرى عليه رزقه وأمن الفتان ، زاد الطبرانى : ويبعث يوم القيامة شهيدا » .

وعن عثمان — رضى الله عنه — قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم — يقول : « رباط يوم فى سبيل الله خير من ألف يوم فيما سواه من المنازل » (٢٦) .

وجه الدلالة من هذه الأحاديث :

هذه الأحاديث تدل على أن الرباط أفضل الأعمال يبقى ثوابه مستمرا بعد الموت ، كما أن المرابط يضاعف له الأجر الى يوم القيامة، كما تدل أيضا : على الاهتمام بحراسة الثغور حتى لا يفاجىء العدو المسلمين فى عقر دارهم لأن فى مفاجأتهم زلالهم .

الغرض من الاعداد المادى :

أن الغرض من هذا الاعداد هو ارهاب العدو عملا بقوله تعالى : « ترهبون به عدو الله وعدوكم » لأن العدو اذا اعلم أننا مستعدون لقتاله هابه ذلك وربما طلب المسالمة والأمان ، لأن العدو يهاب القوة أكثر مما يهاب الله ، لأنه لا يعرف الله ، ولأن القوة شىء مادى يراه ويحدث فى نفسه الاضطراب والقلق ، ولكن الله تعالى لا يراه الا العاقلون المؤمنون (٢٧) مصداق ذلك قول الله تعالى : « لأنتم أشد رهبة فى صدورهم من الله » (٢٨) .

---

(٢٥) نيل الأوطار للشوكانى ج ٧ ص ٢٣٨ .
(٢٦) المرجع السابق ج ٧ ص ٢٢٧ .
(٢٧) الجهاد فى التفكير الاسلامى ص ٥٢ .
(٢٨) سورة الحشر الآية ١٣ .

والاعداد المادى يستلزم بذل المال وانفاقه فى سبيل الله لاعداد القوة المشار اليها .

لذا : نجد أن الله تعالى قد ختم الآية بقوله تعالى : « وما تنفقوا من شيء فى سبيل الله يوف اليكم وأنتم لا تظلمون » (٢٩) فربط المولى سبحانه الانفاق باعداد القوة وقد حذر من التقصير فى هذا الشأن حيث قال سبحانه « وأنفقوا فى سبيل الله ولا تلقوا بأيدكم الى التهلكة »(٣٠) ربط أكثر المفسرين هذه الآية بالحرب حيث قالوا ان التهلكة هنا معناها البخل بالقليل من الانفس والأموال ، وهذا البخل يترتب عليه التهلكة العامة وضياع كل الأنفس والأموال ، وعلى هذا فالأمة التى لا تستعد ولا تضحى ببعض مالها وبعض رجالها تجلب الذلة والفناء لكل الرجال وكل الأموال .

الدعامة الثانية : الاعداد المعنوى :

ومن الاعداد للقتال تقوية الروح المعنوية لدى المجاهد ، وقد اهتم التشريع الاسلامى بذلك حتى أنه لم يدع بابا فى هذا الموضوع الا وسلكه ، فالاسلام ربى المجاهين فى سبيل الله على حقيقة الايمان التى تؤدى الى تقوية الروح المعنوية للمقاتل .

ومن الايمان التزود بالتقوى وقد اعتبر القرآن الكريم التزود بالتقوى خير زاد للمقاتل فى سبيل الله قال الله تعالى : « وتزودوا فان خير الزاد التقوى واتقون ياأولى الألباب » (٣١) وقال تعالى :

---

(٢٩) سورة الأنفال آية رقم ٦٠ .
(٣٠) سورة البقرة الآية ١٩٥ .
(٣١) سورة البقرة الآية ١٩٧ .

« وان تصبروا وتتقوا لا يضركم كيدهم شيئا » (٣٢) وقال تعالى : « وان تصبروا وتتقوا فان ذلك من عزم الأمور » (٣٣) وقال تعالى : « ان الله مع الذين اتقوا والذين هم محسنون » (٣٤) •

وجه الدلالة من هذه الآيات القرآنية الكريمة :

أن الله سبحانه وتعالى يبين لنا من هذه الآيات أن التقوى عامل النصر فى القتال لأن المقاتل اذا لقى ربه ، امتلأت نفسه بعظمة الله وقدرته ، وصغر عندها كل ما سواه •

اذ التقوى صيانة النفس من كل دنس ، فاذا سار المجاهدون على هذا النمط الالهى قويت روحهم المعنوية ، وكان الله معهم فى كل وقت وحين يمدهم بعونه ويربط على قلوبهم ويثبت أقدامهم وبذلك ينتصرون على عدوهم •

ومن عوامل النصر المعنوية أيضا : الصبر :

وقد بين المولى سبحانه وتعالى أن الصبر على مشاق الجهاد هو أساس النصر ، وقد وردت فى القرآن الكريم آيات كثيرة تحث على الصبر من ذلك قوله تعالى : « ياأيها الذين أمنوا استعينوا بالصبر والصلاة ان الله مع الصابرين » (٣٥) وقال تعالى : « كم من فئة قليلة غلبت فئة كثيرة باذن الله والله مع الصابرين » (٣٦) وقال تعالى : « وان تصبروا وتتقوا فان ذلك من عزم الأمور » (٣٧) •

---

(٣٢) سورة آل عمران الآية ١٢٠ •
(٣٣) سورة آل عمران الآية ١٨٦ •
(٣٤) سورة النحل الآية ١٢٨ •
(٣٥) سورة البقرة الآية ١٥٢ •
(٣٦) سورة البقرة الآية ١٧٧ •
(٣٧) سورة آل عمران الآية ١٨٦ •

وجه الدلالة من هذه الآيات :

أن الله سبحانه وتعالى وعد الصابرين بالمعونة والنصر والتأييد، ومن كان الله معه بعزته التى لا تغلب وبقدرته التى لا تقهر فلن يصيبه ذل ولن تلحقه هزيمة ، وقد يبين الله فى الآية الثانية أن الفئة القليلة تغلب بالصبر والثبات وطاعة القواد الفئة الكثيرة التى أعوزها الصبر ، والاتحاد مع طاعة القواد لأن نصر الله مع الصابرين ، على أن مشيئته وسنته بأن يكون النصر أثرا للثبات والصبر ، وان أهل الجزع والجبن هم أعوان لعدوهم على أنفسهم وأبيتهم(٣٨) .

ومن عوامل النصر أيضا : التوكل على الله والثقة بوعده ، وتفويض الأمر اليه :

وذلك بعد التماس الأسباب التى أمر الله بها ، وقد وردت فى القرآن الكريم آيات تدعو المجاهدين الى التوكل على الله من ذلك قوله تعالى : « ومن يتوكل على الله فهو حسبه » (٣٩) وقوله تعالى : « وعلى الله فتوكلوا ان كنتم مؤمنين » (٤٠) وقال تعالى : « ان ينصركم الله فلا غالب لكم وان يخذلكم فمن ذا الذى ينصركم من بعده وعلى الله فليتوكل المتوكلون » (٤١) وقال تعالى : « وان جنحوا للسلم فاجنح لها وتوكل على الله انه هو السميع العليم »(٤٢) .

---

(٣٨) انظر المؤتمر الرابع لمجمع البحوث الاسلامية ص ٢٦٩ .

(٣٩) سورة الطلاق الآية ٣ .

(٤٠) سورة المائدة الآية ٢٣ .

(٤١) سورة آل عمران الآية ١٦٠ .

(٤٢) سورة الأنفال الآية ٦٠ .

فالمتوكل على الله : هو الاعتمـــاد مع اظهـــار العجز (٤٣) قال تعالى : « فاذا عزمت فتوكل على الله ان الله يحب المتوكلين » جاء فى تفسير المنار (٤٤) : ان العزم على الفعل واحـــكام الرأى والمشاورة وأخذ الأهبة لا يكفى للنجاح الا بمعونة الله وتوفيقه ٠٠٠٠ اذن فلابد للمؤمن من الاتكال على الله لا على حـــوله وقوته هو « ان الله يحب المتوكلين » مع العمل بالأسباب ، ومن أحبه الله عصـــمه من الغرور باستعداده والركون على عدته وعتاده ٠

والله سبحانه هو الخبير بخفايا النفوس يعلم ما للايمان الصادق وما للروح المعنوية القوية من أثر بالغ فى صدق الدفاع والنصر لهذا جعل المؤمن الصادق يســـاوى فى المعركة عشرة رجال حيـــث قال : « يا أيها النبى حرض المؤمنين على القتال ان يكن منكم عشرون صابرون يغلبوا مائتين ، وان يكن منكم مائة يغلبوا ألفا من الذين كفروا بأنهم قوم لا يفقهون » (٤٥) ٠

ثم رأى جل شأنه أن هـــذا المقاتل المثالى قليل الوجود فجعل المؤمن الواحد يساوى اثنين من الأعداء من باب التخفيف والرحمـــة حيث قال : « الآن خفف الله عنكم وعلم أن فيكم ضعفا فان يكن منكم مائة صـــابرة يغلبوا مائتين ، وان يكن منكم ألف يغلبوا الفين باذن الله والله مع الصابرين » (٤٦) ٠

---

(٤٣) القرطبى ج ٨ ص ٣٤ ٠

(٤٤) راجع : تفسير المنار ج ٤ ص ٢٠٠ ٠

(٤٥) سورة الأنفال الآية ٦٥ ٠

(٤٦) سورة الأنفال الآية ٦٦ ٠

فهـذا يدل على أن للقوة المعنوية أثرها الذى لا يخفى على أحد فى ميدان القتال •

لذا : فان الاسلام يعتمد على الروح المعنوية أكثر مما يعتمد على القوة المادية لأن القرآن الكريم لا يهتم بالكم بقدر ما يهتم بالكيف ، وعلى هذا فان أعداد جماعة ولو صغيرة اعدادا شاملا على النحو الذى وصفناه فى هذا المبحث أعظم من الكثرة التى ينقصها الاعداد النفسى والبدنى والفكرى مصداق ذلك قول الله تبارك وتعالى : « كم من فئة قليلة غلبت فئة كثيرة باذن الله والله مع الصابرين » •

(والله أعلم بالصواب)

أهم مراجع البحث

أولا القرآن الكريم وعلومه :

١ ـ القرآن الكريم .

٢ ـ أحكام القرآن لابن العربى ط / الحلبى ١٣٧٦هـ .

٣ ـ أحكام القرآن للجصاص ط / ١٣٣٥هـ .

٤ ـ تفسير القرطبى ط / دار الكتب عام ١٣٦٩هـ .

٥ ـ تفسير القرآن الكريم للمرحوم الشيخ محمد شلتوت .

٦ ـ تفسير القرآن الكريم للشيخ حسنين محلوف ط . الثالثة الكويت

٧ ـ تفسير القرآن الكريم للشيخ المراغى .

٨ ـ تفسير المنار للشيخ محمد عبده .

ثانيا : الحديث وعلومه :

١ ـ احكام الأحكام (شرح عمدة الأحكام) لابن دقيق العيد ط الأولى
١٩٧٦م دار الشعب .

٢ ـ ارواء الغليل فى تخريج أحاديث منار السبيل للألبانى ط . الأولى
سنة ١٩٧٩م بيروت .

٣ ـ تلخيص الحبير فى تخريج أحاديث الرافعى الكبير لابن حجر
العسقلانى ط المدينة المنورة ١٩٦٤م .

٤ ـ زاد المسلم فيما اتفق عليه البخارى ومسلم .

٥ ـ سبل السلام للصنعانى ط / الحلبى ١٩٥٠م .

٦ ، سنن أبى داود ط / الحلبى ١٣٧١هـ .

٧ ـ السنن الكبرى للبيهقى ط حيدر آبارد الدكن .

٨ ـ صحيح البخارى .

٩ ـ صحيح مسلم . ط / المصرية .

١٠ ـ فتح البارى بشرح البخارى . تحقيق سيد صقر .

١١ ـ كنز العمال .

١٢ ـ نصب الراية للزيلعى .

١٣ ـ نيل الأوطار للشوكانى ط / مكتبة دار التراث .

ثالثا : كتب الفقه الاسلامى :

(أ) المذهب الحنفى :

١ ـ بدائع الصنائع ط / ١٣٢٨هـ .

٢ ـ الفتح القدير ط / الأميرية ١٣١٦هـ .

(ب) المذهب المالكى :

١ ـ بداية المجتهد لابن رشد . ط / مكتبة الكليات الأزهرية ، ط / الاستقامة ١٩٢٨م .

٢ ـ جواهر الاكليل شرح مختصر خليل .

٣ ـ حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ط / عيسى البابى الحلبى .

٤ ـ الشرح الصغير للدردير . مكتبة على صبيح بالأزهر .

٥ ـ قوانين الأحكام الشرعية لابن جزى المالكى ١٣٤٠هـ .

(ج) المذهب الشافعى :

١ ـ الأم للشافعى . ط / الأميرية ١٣٢١هـ .

٢ ـ حاشية البيجرمى .

٣ ـ مغنى المحتاج . ط / الحلبى ١٣٧٧هـ .

٤ ـ المهذب للشيرازى ط / ١٩٥٩م .

٥ ـ نهاية المحتاج ط / الحلبى ١٣٥٧هـ .

٦ ـ رحمة الأمة فى اختلاف الأئمة لمحمد بن عبد الرحمن الشافعى ط. الثالثة ١٤٠٦هـ ـ ١٩٨٦م .

(د) المذهب الحنبلي :

١ ــ المغنى لابن قدامة ط / المنار ١٣٦٧هـ ٠

٢ ــ الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوى ط ٠ الأولى ١٣٧٧هـ ــ ١٩٥٧م بيروت ٠

(هـ) المذهب الظاهري :

١ ــ المحلى لابن حزم ط / الامام أبى محمد على بن أحمد بن سعيد بن حزم المتوفى سنة ٤٥٦هـ تحقيق لجنة احياء التراث العربى بيروت

(و) المذهب الشيعي :

١ ــ البحر الزخار الجامع لمذهب علماء الأمصار للامام أحمد المرتضى المتوفى سنة ٨٤٠هـ ٠ط / السنة المحمدية سنة ١٣٦٨هـ ٠

رابعا : كتب اللغة :

١ ــ المصباح المنير للفيومى ٠

٢ ــ المعجم الوسيط (مجمع اللغة العربية) ٠ بالقاهرة ٠

خامسا : كتب التاريخ :

١ ــ سيرة ابن هشام ط / ١٣٨٣هـ ٠

سادسا : كتب عامة :

١ ــ أثار الحرب فى الفقه الاسلامى للدكتور / وهبة الزحيلى ٠

٢ ــ آيات الجهاد فى القرآن الكريم للدكتور / كامل الدقن ٠

٣ ــ الجهاد فى الشريعة الاسلامية المؤتمر الرابع للبحوث الاسلامية ٠

٤ ــ الجهاد للدكتور عبد الحليم محمود ٠ المؤتمر الرابع ١٩٦٨م ٠

٥ ــ الجهاد فى التشريع الاسلامى د٠ محمود محمد على ط / أولى ١٣٩٧هـ ــ ١٩٧٧م ٠

٦ ـ الجهاد فى التفكير الاسلامى د٠ أحمد شلبى ١٩٦٨م ٠

٧ ـ السياسة الشرعية للمرحوم عبد الوهاب خلاف ٠ المكتبة السلفية ١٣٥٠هـ ٠

٨ ـ فقه السيرة للغزالى ط / ١٩٦٥م ٠

٩ ـ المؤتمر الرابع لمجمع البحوث الاسلامية ١٣٨٨هـ ـ ١٩٦٨م ٠

والله المستعان والموفق

حق الفــرد فى الإسـلام

للدكتور عبد الصمد سيد محمد صميدة (*)

المبحث الثانى

الحق الاجتماعى للفرد فى الاســلام

المطب الأول : حق العمل

أولا : دعوة الاسلام الى العمل :

لم يعرف الاسلام التواكل ــ أو البطالة ــ ولم يقرهما ــ بل ان الأنبياء جميعا كانوا يعملون كسبا للقوت (١) لذلك كان تقدير الاسلام للعمل عظيما ــ يقول الله تعــالى : « فاذا قضيت الصلاة فانتشروا فى الأرض وابتغوا من فضــل الله » (٢) ويقول صلى الله عليــه وسلم : « ان من الذنوب ذنوبا لا يكفــرها الا الهم فى طلب المعيشـــة »(٣) رواه الطبرانى فى الأوسط ــ وأبو نعيم فى الحلية من حديث أبى هريرة

(★) نشر الجزء الأول من هذا البحث فى العدد السابع من هذه المجلة الصادرة ١٤٠٩هـ ــ ١٩٨٩م ص ٨٦ .

(١) بدر الدين العينى ــ عمدة القارىء ــ شرح صحيح البخارى ــ جـ ١٢ ص ٧٩ .

(٢) سورة الجمعة آية رقم ١٠ .

(٣) الغزالى ــ الاحياء ــ باب النكاح ص ٧٠٢ .

ويقول صلى الله عليه وسلم « ما أكل أحد طعاما قط خيرا من أن يأكل من عمل يده — وان نبى الله داود كان يأكل من عمل يده »(٤) بل انه صلى الله عليه وسلم : اعتبر العمل فى سبيل العيش عملا فى سبيل الله • فقد كان جالسا ذات يوم مع أصحابه فنظروا الى شاب ذى جلد وقوة — وقد بكر يسعى • فقالوا : ربح هذا لو كان شبابه وجلده فى سبيل الله — فقال صلى الله عليه وسلم : لا تقولوا هذا — فانه ان كان يسعى على نفسه ليكفيها عن المسألة ويغنيها عن الناس فهو فى سبيل الله — وان كان يسعى على أبوين ضعيفين أو ذرية ضعافا ليغنيهم ويكفيهم فهو فى سبيل الله — وان كان يسعى تفاخرا وتكاثرا فهو فى سبيل الشيطان »(٥) رواه الطبرانى •

كما أن الاسلام يقدر العامل ويشجعه ويزكيه — فقد استقبل أحد الصحابة رسول الله عند عودته من غزوة تبوك • فقال له النبى صلى الله عليه وسلم « ما هذا الذى أرى بيدك ؟ قال الصحابى : من أثر المر — أى الحبل — والمسحاة — أضرب وأنفق على عيالى • فقبل رسول الله يده وقال : هذه يد يحبها الله ورسوله »(٦) فليس فى المجتمع الاسلامى قوى معطلة — أو طبقة تعيش على أكتاف غيرها • وعالة على من دونها — وفى ذلك يقول النبى صلى الله عليه وسلم : « لأن يأخذ أحدكم حبله ثم يأتى الجبل فيأتى بحزمة من الحطب على ظهره فيبيعها فيكف الله وجهه خير له من أن يسأل الناس أعطوه أو منعوه »(٧) كما انه دخل المسجد فرأى رجلا يلوذ بالمسجد راكعا

---

(٤) البخارى ج ٣ ص ٧٤ •
(٥) الدكتور مصطفى السباعى — اشتراكية الاسلام ص ١٩٣ •
(٦) الشيخ محمد الغزالى — الاسلام ومناهج الاشتراكية ص ٨٢ •
(٧) البخارى ج ٣ ص ٧٥ •

ســاجدا • فسأل عنه ــ قيل انه رجل عابد ــ فقال : « ومن الذى يذفق عليه ؟ قالوا أخوه يعمل ويعوله ــ فقال : أخوه أعبد منه »(٨)
وقد فقه الصحابة هذه المعانى التى ترفــع قدر العمل فنفــذوها فى أنفسهم ــ ولعل أول ما يتمثل ذلك فيما فعله المهاجرون عند هجرتهم من مكة الى المدينة تاركين تجــارتهم وأموالهم وأعمالهم وراءهم ــ فعرض عليهم الأنصار أن يقاسموهم أموالهم بغير مقابل قيــاما بواجب النصرة والتعــاون على الخير ــ ولكن المهــاجرين أبوا الا أن يكون عيشهم بكفاحهم وسعيهم ــ فنزل بعضهم الى ميدان التجارة ــ وبعضهم الى ميدان الزراعة فى حقول الأنصار ــ وعليهم العمل والمؤونة ــ ولهم فى مقابل ذلك شطرا من المحصول :

١ ــ ومن مأثورات عمر بن الخطاب فى الدعوة الى العمل قوله « رحم الله امرأ أمسك فضل القول ــ وقدم فضل العمل » •

٢ ــ القوة فى العمل ــ ألا تؤخر عمل اليوم الى الغد •

٣ ــ المتوكل الذى يلقى حبة فى الأرض ثم يتوكل على الله(١٠) •

ثانيا : « كفالة الدولة لحق العمل » :

اذا كان الاسلام قد اعتبر العمل واجبا على الفرد ــ اذ لايباح له أن يعيش على التسول • أو السلب • أو النهب • فانه فى نفس الوقت جعله حقا له ازاء الدولة ــ فواجب الدولة الاسلامية أن تهىء العمل للقادرين عليه وأن تحمى حقوقهم وقد قــام النبى صلى الله عليه وسلم بهذا الواجب • فقد جاءه رجل يستجدى • فباع خاتما له من حديد بدرهمين فى السوق أعطاهما للرجل وقال له : كل بأحدهما

---

(٨) الشيخ محمد أبو زهرة ــ تنظيم الاسلام للمجتمع ص ١٩٦ •

(٩) صحيح مسلم ج ٤ ص ٣٨٧ ــ ٣٨٨ •

(١٠) الدكتور سليمان الطماوى ــ عمر بن الخطاب ص ٤٧٢ •

ـ واشتر بالآخر فأسا واعمل به فصلح حال الرجل ، كما جاءه رجل يطلب اليه أن يدبر حاله لأنه خال من وسائل الكسب ولا شيء عنده يستعين به على القوت ـ فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم بقدوم ودعا بيد من خشب سواها بنفسه ووضعها فيها ثم دفعها للرجل وأمره أن يذهب الى مكان عينه وكلفه أن يعمل هناك لكسب قوته وطلب اليه أن يعود بعد أيام ليخبره بحاله ـ فعاد الرجل يشكر لرسول الله صلى الله عليه وسلم صنيعه ويذكر له ما صار اليه من يسر الحال(١١) وهكذا اعتبر رسول الله صلى الله عليه وسلم نفسه ـ وهو رئيس الدولة مسئولا عن تدبير العمل ـ وكفالته للأفراد ـ والذى يرجع الى الفقه الاسلامى ـ يجد الفقهاء يوجبون توفير العمل لكل فرد قادر عليه ـ فقد أوجب الغزالى(١٢) على ولى الأمر أن يزود العامل بأكثر العمل ويقسم الشاطبى(١٣) فى كلامه عن فرض الكفاية التربية الاسلامية التى تحققها الدولة لكل ذى موهبة ليتمكن من القيام بالفرض الكفائى الذى يناسب موهبته الى مراحل ثلاثة : وذلك لأنه كل ما يحتاج اليه الجماعة هو فرض كفاية ... يجب تحقيقه ـ ويلخص الأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة هذا التقسيم فيما يلى(١٤) :

١ ـ المرحلة الأولى :

وتكون عامة لكل الصبيان والشباب لا يتخلف عنها أحد ـ ومن قطع المرحلة الأولى ـ لا ينتقل الى المرحلة الثانية الا اذا كان ذا نبوغ

---

(١١) الشيخ محمد أبو زهرة ـ تنظيم الاسلام للمجتمع ص ٣٩ .
(١٢) الغزالى ـ احياء علوم الدين ـ ج ٩ ص ١٧٤٦ (ط. الشعب)
(١٣) الشاطبى ـ الموافقات ـ ج ١ ص ١١٩ ، ١٢٤ .
(١٤) الشيخ محمد أبو زهرة ـ فى المجتمع الاسلامى ص ٥٥ .

متميز يؤهله لهذه المرحلة — ومن وقف عند المرحلة الأولى • وقف عند فرض كفائى تحتاج اليه الأمة — وهم العمال الذين يعملون بأبدانهم — فان الأمة تحتاج الى هذا النوع من العاملين وهم الذين يكونون قاعدة البناء الهرمى للعمل •

٣ — المرحلة الثانية :

ومن صاروا متمــيزين فى المرحلة الثانية — ينظر اليهم — فمن امتاز بنبوغ يؤهله للمرحلة الثالثة — انتقل اليهــا • ومن لم تكن له مواهب تؤهله لدخولها وقف عند فرض كفائى تحتاج اليه الأمة — فالأمة تحتاج الى حسابين ، ومساعدى مهندسين ، وملاحظين للأعمال اليدوية — وموجهين لها — ومراقبين لسلامتها •

والمرحلة الثالثة :

مرحلة النبوغ — وهى درجات متفاوتة — يميزها العمل والانتاج والانصراف العملى — ومنها يكون المهندسون والأطباء والقضاة والفقهاء — وغيرهم من الذين يتولون الأعمال الرئيسية فى المجتمع — وفى أعلى هذا الصنف من الممتازين — المخترعون — والمشتركون — ومؤســسو الدول — على أساس العدالة والحق — ومنظمو العلاقات الانســانية بين الناس على أساس العدل — وهذا الذى يبينه الشاطبى — يوضح واجب الدولة فى اعداد الأفراد علميا وفنيا — وانشاء المراكز التدريبية التى تمكنهم من القيام بواجباتهم الكفائية — وأن أهل كل مرحلــة واجب عليهم وبالذات القيام بالواجبات الكفــائية كل فيما يخصه — وما يستطيعه — ويمكن أن يقال انه واجب على الجميع على وجه من التجوز لأن القيام بذلك الفرض — قيام بمصلحة عامة •

فهم مطالبون بسدها عــلى الجملة — فبعضهم هو قادر عليهــا مباشرة — وذلك من كان أهلا — والباقون وان لم يقــدروا عليها —

قادرون على اقامة القادرين — فمن كان قادرا على الولاية فهو مطلوب باقامتها — ومن لا يقـدر عليها مطلوب بأمر آخـر • وهو اقامة ذلك القادر واجباره على القيام بها — فالقادر اذن مطلوب باقامة الفرض — وغير القادر مطلوب بتقديم ذلك القـادر • اذ لا يتوصـل الى قيام القادر الا بالاقامة — فهى من باب ما لا يتم الواجب الا به(١٥) •

وعلى الأمة ممثلة فى ولى الأمر — أن تسهل للأفراد القيام بهذه الواجبات — وأن تؤهلهم لها • وان تقاصرت همة الحاكم فى الأمة عن أن يقوم بهذا الواجب — فعلى الأمة أن تحمله على أدائه — أو تسعى فى تغييره ، لأن الذى لا يقوم به فى موضع ذلك المقصر(١٦) •

ولقد سمى الشافعى هذا النوع من الواجبات تسـمية تتفق مع معناه — فقال : انه واجب عام فيه معنى الخاص — فالأمة كلها مطالبة بمقتضى قانون التـكافل الاجتماعى بتحقـيق ذلك الواجب — ولكن لا تقوم به الأمة كلها — بل تقوم به طائفة خاصة منهـا (١٧) فهذه الطائفة — هى المكلفة بالقيام بالواجب عملا بقوله تعالى« فلولا نفر من كل فرقة منهم طائفة ليتفقهوا فى الدين ولينذروا قومهم اذا رجعوا اليهم لعلهم يحذرون»(١٨) أما الأمةكلها ومعها ولى الأمر — فعليهاواجباقامة هذه الطائفة — وقد كان من واجب المحتسب أنه ان رأى رجلا يتعرض

---

(١٥) الشاطبى — الموافقات — ج ١ ص ١٧٨ — ١٧٩ •

(١٦) الشاطبى — الموافقات — ج ١ ص ١٧٩ •

(١٧) الشيخ محمد أبو زهرة — فى المجتمع الاسلامى ص ٥٦ •

(١٨) سورة التوبة آية ١٢٢ •

لمسألة الناس فى طلب الصدقة ـ وعلم أنه غنى أما بمال ـ أو عمل أنكره عليه ـ وأدبه فيه ، وقد فعل عمر رضى الله عنه مثل ذلك بقوم من أهل الصفة : هم طائفة من الفقراء كانوا يقيمون بمكان مرتفع من المسجد النبوى ويعيشون على الصدقة ـ واذا تعرض للمسألة ذو جلد وقوة على العمل زجره وأمره أن يتعرض للاحتراف بعمل ، فان أقام على المسألة عذره حتى يقلع عنها ـ وان دعت الحالة عند الحاج من حرمت عليه المسألة بمال أو عمل الى أن ينفق على ذى المال جبرا من ماله ـ ويؤجر ذا العمل وينفق عليه من أجرته ـ رفع أمره الى الحاكم ليتولى ذلك ـ أو يأذن فيه(١٩) .

كما أن الدولة الاسلامية فى العصور المتعاقبة عملت على انشاء المصانع ـ كصناعة الورق ـ والمنسوجات ـ واستخراج المعادن ـ والقيام بتدريب الناس على العمل بها(٢٠) .

ولم يكتف الاسلام بتحقيق فرص العمل للأفراد وكفالته لهم ـ بل انه أيضا كفل لهم الأجر ـ المناسب للعمل ـ وعدم التأخير فى أداء أجورهم(٢١) وفى ذلك يقول الله تعالى « ولكل درجات مما عملوا وليوفيهم أعمالهم وهم لا يظلمون »(٢٢) ويقول الرسول صلى الله عليه وسلم : « أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه »(٢٣) ويقول النبى صلى الله عليه وسلم « ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة : رجل أعطى بى

---

(١٩) الماوردى ـ الأحكام السلطانية ص ٢٤٨ .
(٢٠) المقريزى ـ الخطط ج ١ ص ٤١٧ .
(٢١) الكاسانى ـ البدائع ج ٤ ص ٢١٨ .
(٢٢) سورة الأحقاف ـ آية ١٩ .
(٢٣) سنن ابن ماجة ج ٢ ص ٤٥ .

ثم غدر — ورجل باع جزافا ثم أكل ثمنه — ورجل استأجر أجيرا فاستوفى منه ولم يعطه أجره »(٢٤) كما يروى عنه صلى الله عليه وسلم « انه نهى عن استئجار الآخر حتى يتعين له أجره »(٢٥) فرب العمل مسئول عن حقوق عماله وذلك بمقتضى قوله صلى الله عليه وسلم « كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته »(٢٦) وذلك تحذيرا من المماطلة فى أجر العامل .

وقد اتجه الاسلام الى العناية بالعامل وعدم تركه عرضة لارهاب رب العمل له واستقلاله له وكفل له قدرا من الراحة حفظا لقوته ورعاية لصحته — وفى ذلك يقول الله تعالى« لا يكلف الله نفسا الا وسعها »(٢٧) فالقاعدة الشرعية — أنه لا تكليف الا بمستطاع — فلا يجوز أن يكلف الشيوخ وأحداث السن بأعمال ينوء بها كاهلهم — كما لا يكلف النساء بما لا يتناسب مع طبيعتهم . وفى ذلك يقول صلى الله عليه وسلم « عليكم من الأعمال بما تطيقون فان الله لا يمل حتى تملوا »(٢٨) ولا يجيز الاسلام أن يمس أجر العامل — ولا أداة العمل وفاء الضريبة أى خراج(٢٩) ويقول الرسول عن العبيد« لاتكلفوهم ما لا يطيقون»(٣٠) واذا كان ذلك بالنسبة للعبيد — فالعمال به أولى .

---

(٢٤) البخارى ج ٣ ص ١٠٨ .
(٢٥) النسائى — كتاب المزارعة — باب ٤٤ .
(٢٦) البخارى ج ٣ ص ١٥٧ .
(٢٧) سورة البقرة آية ٢٨٦ .
(٢٨) البخارى — ج ١ ص ١٧ .
(٢٩) أبو يوسف — الخراج ص ١٨ .
(٣٠) الشوكانى — نيل الأوطار ج ٧ ص ٣ رواه البخارى ومسلم عن أبى هريرة .

ولاشك أن هدف الاسلام من ذلك ــ ادخار القــوة العاملة ــ فلا تنهار بالارهاق المستمر • والمحافظة على صحة العامل ــ وهو يشكل كيان الأمة ــ فخير الأعمال أدومها وان قل •

ومن المقررات الشرعية ــ أن العــامل يجب أن يوفر له الغــذاء الكافى ــ الذى يحمى جسمه ــ والكساء الكافى الذى يقيه حر الصيف وبرد الشتاء ــ والمسكن الذى يليق بمثله ــ والذى تستوفى فيــه كل المرافق الشرعية ــ ويجب أن تكون الأجــرة محققة لهذا ــ والا كان ظلما (٣١) وبذلك تضمن الدولة للعامل حياة كريمة ــ وتمده بالمال اذا لم يكفه أجره ، فهى بذلك تكفل له تأمين معيشته وكرامته ، واذا تعطل العامل عن العمل ــ أوجب الاسلام على الدولة اعالته وكفالته، وأعين على العيش حتى توفر الدولــة له عملا وهذا من مصــارف الزكاة ، فالذين يفتقرون الى فرص العمل هم الفقراء حقا لقوله تعالى (للفقراء الذين أحصروا فى سبيل الله لا يستطيعون ضربا فى الأرض••يحسبهم الجاهل أغنياء من التعفف ــ تعرفهم بسيماهم لا يسألون الناس الحافا ــ وما تنفقوا من خــير فان الله به علــيم »(٣٢) ولقوله تعــالى : « للفقراء المهاجرين الذين أخرجوا من ديارهم وأموالهم يبتغون فضلا من الله ورضوانا وينصرون الله ورسوله أولئك هم الصادقون »(٣٣) كما روى الامام أحمد أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « من ولى لنا عملا وليس له منزل فليتخذ منزلا ــ أو ليست له امرأة فليتزوج ــ أو ليست له دابة فليتخذ دابة »(٣٤) •

---

(٣١) ابن حزم ــ المحلى ــ باب الزكاة ج ٦ ص ١٥٦ ــ مسألة ٧٢٥ م ــ ط ــ المنيرة بالقاهرة سنة ١٤٣٨هـ •

(٣٢) سورة البقرة آية ٢٧٣ •

(٣٣) سورة الحشر آية ٨ •

(٣٤) الشيخ محمد أبو زهرة ــ فى المجتمع الاسلامى ص ٥٢ •

واكفاية الاسـلام لحق العامل فى تولى العمل الذى تتوافر فيـه شروطه ــ ناط بالدولة حسن اختيارها لعمالها ــ فيكون اختيارها لهم مبنيا على القدرة ــ والكفاءة ــ لا على الوساطة ــ والهوى ــ وبذلك لا تغمط حق أحد ــ ولا تفرق بين الأفراد عن غرض ــ وفى ذلك يقول الله تعالى على لسان ابنة سيدنا شعيب عليه السلام « قالت يا أبت استأجره ، ان خير من استأجرت القوى الأمـين »(٣٥) وقال النبى صلى الله عليه وسلم لأبى ذر عن الولاية « يا أبا ذر انها أمانة ــ وانها يوم القيامة خزى وندامة • الا من أخذها بحقه»وقد عبر الماوردى(٣٦) عن ذلك فى بيان ما يلزم الامام فى ادارة الدولة بقوله : يلزم استكفاء الأمناء ــ وتقديم النصحاء فيما يفوضـه اليهم من الأعمال ، لتكون الأعمال بالكفاءة مضبوطة ــ والأموال بالأمناء محفوظة ، وكان عمر بن الخطاب يقول بعد توليه الخلافة « لو علمت أن أحدا أقوى منى على هذا الأمر لكان ضرب العنق أحب الى من هذه الولاية »(٣) •

ومن أقواله أيضا فى وسيلة اختيار الولاة « من استعمل رجـلا لمودة ــ أو لقرابة ــ لا يحمـله على اسـتعماله الا ذلك فقد خان الله ورسوله والمؤمنين ، ومن استعمل رجلا فاجرا وهو يعلم أنه فاجر فهو مثله »(٣٨) •

ولما كان عمر أول من أنشأ الدواوين ، فقد وضع أسسا لاختيـار العـاملين فى الوظائف المختلفـة ــ فكان يتطلب فى المرشـح للولاية

---

(٣٥) سورة القصص آية رقم ٢٦ •
(٣٦) الماوردى ــ الأحكام السلطانية ص ١٦ •
(٣٧) الدكتور سليمان الطماوى ــ عمر بن الخطاب ص ٢٧١ •
(٣٨) ابن الجوزى ــ سيرة عمر بن الخطاب ص ٦٧ •

شروطا تعد نموذجية(٣٩) ومن هـذه الشروط : القوة ـ والهبة ـ والتواضع ـ والرحمة بالناس ـ ومن أقوال عمر فى ذلك : أريد رجلا، اذا كان فى القوم ـ وليس أميرهم ـ كان كأنه أميرهم ، واذا كان أميرهم كان كأنه رجل منهم ـ كما وضع شروطا لاختيار القضاة . لا يتطلبها فى المألوف من الأفراد ، حتى يكون الاختيار عن كفاءة وقدرة(٤٠) .

ومن هذه الشروط : أن يكون المرشح للقضاء موثوقا فى عفافه ـ وعقله ، وصلاحه ، وفهمه بالسنة والآثار ـ واقفا على المسائل الفقهية مقتدرا على الفصل فى الدعاوى ـ وقورا وحكيما وصبورا يتقى الله بالحق ، ولا يقضى لهوى يضله ، ولا لرغبة تغيره ـ ولا لرهبة تزجره ـ وأن لا يكون فظا غليظا ـ بل شديدا من غير عنف ـ لينا غير ضعيف ـ واعتبر الماوردى من شروط المحتسب أن يكون حرا ذا رأى وصرامة ـ وخشونة فى الدين ـ وعلم بالمنكرات الظاهرة .

وهكذا كان التدقيق فى اختيار العمال لكفالة الحق والعدالة ـ والبعد عن الوساطة ـ وذلك بوضع الرجل المناسب فى المكان المناسب، ولذلك أيضا لم يقف الاهتمام بالاختيار عند بدء التعيين فقط ، ولكن واجب الدولة حسن الاشراف على الرقابة على العاملين ، حتى لا يكون العمل وسيلة الى الكسب الحرام ، أو التكاسل ، أو التهاون فى مصالح الأمة ـ أو الانحراف عن السبيل السوى والطريق المستقيم ـ وفى ذلك يقول الخليفة عمر بن الخطاب : « أرأيتم ان استعملت عليكم خير

---

(٣٩) الدكتور سليمان الطماوى ـ عمر بن الخطاب ص ٢٧٣ .
(٤٠) عارف الكندى ـ القضاء فى الاسلام ص ٢٠ .

من أعلم ثم أمرته بالعدل أكنت قضيت ما على ؟ قالوا نعم — قال : لا — حتى أنظر فى عمله — أعمل بما أمرته — أم لا — (٤١) .

وتحقيقا لهذه المبادىء — وخشية مظنة المحاباة ، أو الممالاة — لم يستعمل أمير المؤمنين عمر كبار صحابة رسول الله — وكذلك آل بيته — ولم يقلدهم شيئا من الولايات — ولهذا السبب أيضا كان من الأسباب الظاهرة للثورة على الخليفة ، عثمان بن عفـــان — انه ولى قرابة من بنى أمية دون نظر الى الكفاءة أو الصلاحية .

واذا كان الاســـلام قد كفل للعامل كل ذلك — فانه أيضـــا فرض عليه التزامات يجب قيامه بها . فأوجب عليه اتقان العمل واحســـانه والاخلاص فيه ، يقول النبى صلى الله عليه وسلم « ان الله يحب اذا عمل أحدكم عملا أن يتقنه »(٤٢) وقوله « ان الله كتب الاحسان على كل شىء »(٤٣) .

ذلك أن اتقان العمل من أحب ما يتقرب به العبد الى ربه . فاذا أخل العامل بالتزامه فأفسد المنفعة أو أهلكها بخطئه أو اهمـــاله كان ضامنا لها(٤٤) كما قرر الاسلام نظام الحوافز على العمل على أرقى أساس وأعدل ميزان — بقول الله تعالى « وأن ليس للانسان الا ماسعى — وأن سعيه سوف يرى ثم يجزاه الجزاء الأوفى »(٤٥) فجزاء اتقان

---

(٤١) الدكتور سليمان الطماوى — عمر بن الخطاب ص ٢٧١ .
(٤٢) رواه أبو يعلى — والعسكرى — وغيرهما عن عائشة — تمييز الطيب من الخبيث ص ١٤٢ : دليل الفالحين ج ٣ .
(٤٣) دليل الفالحين ج ٣ ص ٩٥ .
(٤٤) ابن قدامة — المغنى ج ٥ ص ٤٩٦ .
(٤٥) سورة النجم آية ٣٩ — ٤١ .

العمل والاخلاص — انما يكون أوفى جزاء — ولا موجب لهذا الجزاء الا سعى الفرد نفسه لا يقربه جاه — أو قرابة أو صلة ، ويحدد القرآن دقة الجزاء بقوله تعالى « فمن يعمل مثقال ذرة خيرا يره — ومن يعمل مثقال ذرة شرا يره »(٤٦) على أن العمل الذى يدعو اليه الاسلام هو العمل الحلال — اذا انه يحظر العمل الحرام — كالعمل فى انتاج الخمور — فما يؤدى الى الحرام فهو حرام — والوسيلة تأخذ حكم الغاية(٤٧) كما لا يجوز شرعا الغش فى العمل — وذلك تنفيذا للحديث الشريف « من غشنا فليس منا »(٤٨) ويحظر الاسلام العمل الذى يكون مؤديا الى الضرر بالنفس ، أو الاضرار بالغير وذلك تنفيذا للمبدأ الشرعى « لا ضرر ولا ضرار »(٤٩) •

المطلب الثانى

« حكم الرعاية الصحية »

اهتم الاسلام بصحة الأفراد باعتبارها تعينه على أداء واجباته الدينية والمعيشية ، اذ بها يستطيع الفرد أن ينفع مجتمعه ويحقق آماله — يقول صلى الله عليه وسلم « المؤمن القوى خير وأحب الى الله من المؤمن الضعيف • وفى كل خير »(٥٠) وتقرير حق الفرد فى الرعاية الصحية : وضعه الاسلام على عاتق الفرد باعتباره واجبا عليه — كما اعتبره التزاما على الدولة فهو حق للفرد — ففى اعتبار الرعاية

---

(٤٦) سورة الزلزلة آية ٧ — ٨ •

(٤٧) ابن القيم — اعلام الموقعين جـ ٣ ص ١٤٧ •

(٤٨) صحيح مسلم جـ ١ ص ٢٩٩ •

(٤٩) سنن ابن ماجة جـ ٢ ص ٧٨٤ حديث رقم ٢٣٤٠ ، ٢٣٤١ •

(٥٠) سنن ابن ماجة جـ ٢ باب ١٤ ص ١٣٩٥ حديث رقم ٤١٦٨ •

الصحية واجبا على الفرد ــ أمر الاسلام الناس جميعا بالبعد عن كل ما يضر صحتهم ، فحرم الخمر والزنا حفظا للصحة وأمرهم أن يبتعدوا عما يهلك صحتهم ويذهب قوتهم فيقول تعــالى « ولا تلقوا بأيديكم الى التهلكة »(٥١) ويقول صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا ضرار »(٥٢) ويقول « صوموا تصحوا »(٥٣) ويقول « ثلث للطعام ــ وثلث للشراب وثلث للنفس » وذلك عن المعدة(٥٤) .

كما حث الاسلام على النظافة حفظا للصحة ، فأمر بالوضوء قبل الصلاة ، والغسل بعد الجنابة ــ والعناية بالغذاء الصحى ، والشراب النقى ، ونهى عن الشرب من فم السقاء منعا للعدوى . كما حبب فى الرياضة تقوية للبدن ــ ومن ذلك « ان لبدنك عليك حقا » « علمــوا أولادكم الرماية والســباحة ومروهم فليثبوا على الخيل وثبــا » كما أمر الأفراد بالمبــادرة ــ بالعلاج عند المرض ــ فمن أقواله صلى الله عليه وسلم « ما أنــزل الله داء الا أنزل له شــفاء »(٥٥) وكل هذه المبادىء جاءت فى صورة تكاليف ، يثاب فاعلها ويأثم من خالفها،ومن أقوال عمر بن الخطاب فى الحث على الرعاية الصحية ــ قوله «اياكم والسمنة فانها غفلة » وقوله « اياكم والبطنة فانها مكسلة عن الصلاة ومفسدة للجسم ، ومؤدية الى الســقم ، وعليكم بالقصــد فى قوتكم فهو أبعد عن السرف وأصح للبدن ــ وأقوى على العبادة »(٥٦) .

كما يروى أن عمر بن الخطاب ، أمر أبا عبيدة بن الجراح قائد

---

(٥١) سورة البقرة آية ١٩٥ .
(٥٢) سنن ابن ماجة جـ ٢ ص ٧٨٤ حديثى رقم ٢٣٤٠ ــ ٢٣٤١ .
(٥٣) الغزالى ــ الاحياء جـ ٨ ص ١٤٩٨ .
(٥٤) الغزالى ــ الاحياء جـ ٨ ص ١٤٩٧ .
(٥٥) البخارى جـ ٧ ص ١٥٨ .
(٥٦) العقاد ــ عبقرية عمر ــ العدد ٢٥ ــ كتاب الهلال ص ٦٦ .

جيش المسلمين بالعودة الى المدينة — وعدم دخول الشام ، لوجود الطاعون به ، فلما عاتبه أبو عبيدة قائد « أفرارا من قضاء الله ؟ » قال له عمر : « لو غيرك قالها يا أبا عبيدة — نعم نفر من قضاء الله، الى قدر الله » ثم جاء عبد الرحمن بن عوف،فقال : أشهد أنى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « اذا سمعتم بهذا الوباء ببلد فلا تقدموا عليه ، واذا وقع وأنتم به فلا تخرجوا فرارا منه »(٥٧) .

كما اهتم الاسلام بالرعاية الصحية . بل جعل لها الأولوية على شئون العبادة — لذلك أعفى المرضى من الفرائض الدينية التى تشق عليهم ، فرخص للمريض أن يفطر فى رمضان خوف ازدياد مرضه ، أو تأخير شفائه على أن يقضى عند تمام صحته — وأباح لمن يشق عليه الصيام أن يفطر ويدفع فدية طعام مسكين كما رخص للمسافر أن يفطر فى رمضان اتقاء المشقة التى تؤثر فى صحته — يقول تعالى : « فمن شهد منكم الشهر فليصمه ، ومن كان مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر »(٥٨) ويقول « وعلى الذين يطيقونه فدية طعام مسكين »(٥٩) ويقول « يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر »(٦٠).

أما الرعاية الصحية باعتبارها حقا للأفراد — ازاء الدولة ، فقد قررها الاسلام فى صور شتى — اذ كان النبى صلى الله عليه وسلم يهىء للمرضى مكانا يتداوون فيه وينقهون — فقد قدم عليه نفر من عرينة ثمانية أشخاص — وأسلموا — واستوبأوا بالمدينة ، وشكوا ألم الطحال ، فأمر بهم رسول الله صلى الله عليه وسلم الى لقاحه ؛ وكان

(٥٧) الأستاذ محمد الخضرى — تاريخ الأمم الاسلامية جـ٢ ص٦—٧

(٥٨) سورة البقرة آية رقم ١٨٥ .

(٥٩) سورة البقرة آية ١٨٤ .

(٦٠) سورة البقرة آية ١٨٥ .

سرح المسلمين بأرض خارج المدينة ناحية قباء قريبا من عين ترعى هناك ، فكانوا فيها حتى صحوا ، وسمنوا • وكانوا قد استأذنوه أن يشربوا من ألبانها ، وأبوالها ، فأذن لهم(٦١) وقد كفل الاسلام للمريض حقه من الرعاية الاجتماعية •

فلقد مر عمر بن الخطاب ، يوم مجيئه الشام على قوم من المجزومين ـ ففرض لهم شيئا من بيت المال ومنعهم بذلك عن التكلف بين الناس كما عمل الوليد بن عبد الملك على تخصيص أعطيات لهم • وأعطى لكل مقعد خادما يهتم بأمره ، وكل ضرير قائدا يسهر على راحته ـ كما بنى ابن طولون حاكم مصر فى مؤخرة مسجده،ميضأة وخزانة شراب،بها الأدوية والأشربة ، وقرر لهذا المكان الخدم ، وعين طبيبا خاصا يقوم بتطبيب المرضى من المصلين • كما بنى مستشفى بأرض العسكر ، وأحسن تنظيمه ، وكان يتفقده بنفسه فى يوم الجمعة ، فيطوف على خزانة الأدوية ، ويتفقد أعمال الأطباء ، ويواسى المرضى • كما أمر بمراعاة الحالة النفسية للمرضى ومواساتهم ، والترويح عنهم ، وزيارتهم أثناء مرضهم ، وجعل ذلك واجبا على المجتمع ازاء المرضى، يقول صلى الله عليه وسلم فى الحديث القدسى عن رب العزة «مرض عبدى فلان فلم تزره ، ولو زرته لوجدت ذلك عندى »(٦٢) وبذلك جعل الله تبارك وتعالى زيارة المريض مستوجبة جزاء من لدنه ـ ويقرر النبى صلى الله عليه وسلم حق المسلم على المسلم فيقول « ويعوده اذا مرض »(٦٣) وكان عمر بن الخطاب • يأمر الولاة بزيارة المرضى، العناية بأمرهم ، فكان يسأل الوفد اذا قدموا عليه عن أمرهم ، فيقولون خيرا ••• فيقول هل يعود مرضاكم ؟ فاذا قالوا لا عزله(٦٤)•

---

(٦١) البخارى ج ٧ ص ١٦٠ •

(٦٢) صحيح مسلم ج ٥ ص ٤٣٢ •

(٦٣) البخارى ج ٢ ص ٩٠ •

(٦٤) الدكتور سليمان الطماوى ـ عمر بن الخطاب ص ٢٧٨ •

المطلب الثـالث

حق كفالة العيش الكريم الفرد فى المجتمع

تضطلع الدولة فى الاسلام بواجبات ايجابية لضمان حقوق الأفراد وكفالة معيشتهم ، وقد اعتبر الاسلام • الفرد فى كفالة المجتمـع فى مختلف المستويات • فهو فى كفالة الأسرة التى ينتمى اليها ، اذ يأمر الشرع بالنفقة على القريب الفقير ، كما يأمر بصلة الأرحام • فقـد جاء فى الحـديث القـدسى عن الله عز وجـل (١) « أنا الرحمن وهى الرحم شققت لها اسما من اسمى ، من وصلها وصلته ، ومن قطعهـا قطعته » • وهو فى كفالة مجتمع القرابة ، اذا أصبح فى حاجة ملحة — أى أصابته فاقة ومحنة ؛ يقول النبى صلى الله عليه وسلم « أيما أهل عرصة بات فيـهم امرؤ جائع فقد برئت منهم ذمة الله ورسوله »(٢) ويقول أيضا « ما آمن من بات شبعانا وله جار جـائع »(٣) ثم هو بعد ذلك فى كفالة الدولة ؛ اذ تلتزم الدولة بنفقاته من بيت المال — والخليفة والوالى مسئولان عن هذه الكفالة وفى ذلك يقول النبى صلى الله عليه وسلم « ما من مؤمن الا وأنا أولى به فى الدنيا والآخرة ، اقرأوا ان شئتم : النبى أولى بالمؤمنـين من أنفسهم — فأيما مؤمن مات وترك مالا فليرثه عصبته • ومن ترك دينا أو ضياعا فليأتى فأنا مولاه »(٤) •

---

(١) أخرجه أبو داود فى باب صلة الرحم — ج ٢ ص ٧٧ مجموعة الأحاديث القدسية للمجلس الأعلى للشئون الاسـلامية بالقاهرة سـنة ١٣٨٩هـ ج ١ ص ١١٧ •

(٢) محمد الغزالى — الاسلام وأوضاعنا الاقتصادية ص ٨٩ ١٩٥٠م

(٣) الاختيار — شرح المختار ج ٣ ص ١٢٩ •

(٤) البخارى ج ٣ ص ١٥٥ •

ويقول الامام ابن حزم أخذا من الحديث الشريف « المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يسلمه من تركه يجوع ويعرى وهو قادر على اطعامه فقد أسلمه »(٥) وقد أجمل ابن حزم حقوق الأفراد الاجتماعية فى قوله : فرض على الأغنياء من أهل كل بلد أن يقوموا بفقرائهم ، ويجبرهم السلطان على ذلك ان لم تقم الزكاة ، ولا فىء سائر أموال المسلمين بزم ، فيقام لهم بما يأكلون من القوت الذى لابد منه ، ومن اللباس للشتاء والصيف بمثل ذلك • وبمسكن يقيهم من المطر والصيف والشمس وعيون المارة ، ومسئولية الدولة عن ذلك مقررة فى القرآن الكريم لقوله تعالى « الذين ان ملكناهم فى الأرض أقاموا الصلاة وآتوا الزكاة وأمروا بالمعروف ونهوا عن المنكر »(٦) وقوله تعالى «كنتم خير أمة أخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر وتؤمنون بالله »(٧) •

يقول المودودى(٨) فى تعليقه على هذه الآيات ، فمن تدبر هذه الآيات ، اتضح له أن الدولة التى يريدها القرآن ليس لها غاية سلبية فقط ، بل لها غاية ايجابية أيضا ، أى ليس من مقاصدها المنع من عدوان الناس بعضهم على بعض ، وحفظ حرية الناس ، والدفاع عن الدولة فحسب ، بل الحق أن هدفها الأسمى هو اقامة نظام العدالة الاجتماعية الصالح الذى جاء به كتاب الله ، وغايتها فى ذلك ، النهى عن جميع أنواع المنكرات التى ندد بها الله بها فى آياته ، واجتناب شجرة الشر من جذورها ، وترويج الخير المرضى عند الله — المبين فى كتابه •

---

(٥) ابن حزم — المحلى — باب الزكاة ج ٦ ص ١٥٦ — ١٥٧ •
(٦) سورة الحج آية ٤١ •
(٧) سورة آل عمران آية ١١٠ •
(٨) أبو الأعلى المودودى — نظرية الاسلام وهديه •

ومن الأمر بالمعروف : كفالة معيشة الناس وضمان حاجاتهم لقوله صلى الله عليه وسلم « من ترك مالا فلورثته ، ومن ترك دينا أو ضياعا فعلى والى وأنا أولى بالمؤمنين »(٩) •

وقد سما الأسلام بحق الكفالة الاجتماعية للأفراد فجعله قربى لله تبارك وتعالى ، فأوصى الجار أن يكرم جاره ، وأن يحسن معاملته الى أقصى الحدود فقال تعالى « واعبدوا الله ولا تشركوا به شيئا وبالوالدين احسانا وبذى القربى واليتامى والمساكين والجار ذى القربى والجار الجنب والصاحب بالجنب وابن السبيل وما ملكت أيمانكم »(١٠) وقد فصل رسول الله صلى الله عليه وسلم ما أجمله القرآن بقوله « مازال جبريل يوصينى بالجار حتى ظننت انه سيورثه» وقد قال الرسول صلى الله عليه وسلم لأبى ذر — يا أبا ذر — اذا طبخت مرقة فأكثر ماءها وتعاهد جيرانك »(١١) •

وهكذا يجعل الاسلام للفرد حقا فى كفالة عيشه قبل أسرته وقبل مجتمعة الصغير من جيرانه وأهل قريته — ثم حقه قبل الدولة ، وهذه الكفالة تلتزم بها الدولة ، سواء أكان الفرد مسلما أو غير مسلم •

فيرى أبو يوسف(١٢) « أن عمر بن الخطاب ، رأى شيخا يهوديا يتكفف الناس • فسأله عن سبب ذلك فأجابه : أسأل الجزية ، والحاجة والسن ، قال عمر : ما أنصفناك،أكلنا شبيبتك • وتركناك عند الشيخوخة وطرح جزيته ، وأمر أن يعال من بيت مال المسلمين هو وعياله » •

---

(٩) سنن ابن ماجة — جـ ٢ ص ٨٠٧ حديث رقم ٢٤١٦ •
(١٠) سورة النساء آية ٣٦ •
(١١) صحيح مسلم جـ ٢ ص ٤٤٥ •
(١٢) أبو يوسف — الخراج ص ١٢٦ •

وحق الفرد قبل الدولة ، تكفله جميع موارد الدولة ، وقد قسم الفقهاء بيت المال أربعة أقسام وللفقير حق فى كل مورد من هذه الموارد وهذه الأقسام هى :

١ ـ بيت مال الغنائم ، وهو خاص بما يغنم فى الحروب ، وينفق منه على مرافق الدولة وفقراء المسلمين .

٢ ـ بيت المال الخاص بالجزية والخراج ، ويصرف منه على مرافق الدولة وفقراء غير المسلمين الذين يستظلون بالراية الاسلامية، ويتمتعون برعوية الدولة الاسلامية .

٣ ـ بيت مال الزكاة ويصرف منه فى مصارف الزكاة .

٤ ـ بيت المال الخاص بالضوائع ، وهى الأموال التى لا يعرف لها مالك ، والتركات التى لا وارث لها ، وقد قال الفقهاء : انه كله للفقراء ، فيعطى منه الفقراء العاجزون ـ نفقتهم وأدويتهم ويكفن موتاهم ، ويقول الفقهاء : وعلى الامام صرف هذه الحقوق الى أصحابها (١٣) .

وهكذا نجد المجتمع الاسلامى كله مسئول عن كفالة المحتاجين ، وهذه المسئولية مقررة بالكتاب والسنة لقوله تعالى « وتعاونوا على البر والتقوى »(١٤) ولقوله تعالى « والذين فى أموالهم حق معلوم للسائل والمحروم » (١٥) ولقوله تعالى « انما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم وفى الرقاب والغارمين وفى

---

(١٣) الشيخ محمد أبو زهرة ـ فى المجتمع الاسلامى ص ٨٣ـ٨٤
(١٤) سورة المائدة آية ٢ .
(١٥) سورة المعارج آية ٢٤ ـ ٢٥ .

سبيل الله وابن السبيل فريضة من الله »(١٦) ويقول النبى صلى الله عليه وسلم من لم يهتم بأمر المسلمين فليس منهم »(١٧) •

ويقول الرسول صلى الله عليه وسلم « المؤمن للمؤمن كالبنيـــان يشد بعضه بعضا »(١٨) •

كما امتدح النبى جماعة من الأشعريين ، لأنهم كانوا اذا أرملوا فى الغزو ، أو سفر ، جمعوا أزوادهم ثم اقتسموها بينهم بالســـوية وقال النبى فيهم « هم منى وأنا منهم »(١٩) •

وقد أنتج ذلك كله أثر فى الواقع الاسلامى ، وظهر هذا التكافل الاجتماعى فى مجتمع المدينة • ففرج الكرب وحل الأزمة ، حينما هاجر المسلمون من مكة الى المدينة ، وتركوا ديارهم وأموالهم وتجارتهم بها، فآخى النبى بينهم وبين الأنصار « أهل المدينة من الأوس والخزرج »

فاقتسم الأنصـــار أموالهم مع المهـــاجرين ، ووسعتهم قـــلوبهم وأموالهم وديارهم(٢٠) •

وحين حلت بالمدينة أزمة ، تبرع عثمان رضى الله عنه بتجـــارته

---

(١٦) سورة التوبة آية ٦٠ •

(١٧) رواه الحاكم فى المستدرك ج ٤ ص ٣٢٠ ـ كتاب الرقاق ـ والطبرانى ـ انظر رد مصطفى السباعى اشتراكية الاسلام ص ١٤٩ •

(١٨) رواه البخارى ومسلم والترمذى والنســـائى عن أبى موسى الأشعرى ـ صحيح مسلم ج ٥ ص ٤٤٦ •

(١٩) رواه البخارى فى كتـــاب الشركة ـ اشـــتراكية الاســـلام ـ الدكتور مصطفى السباعى ص ١٢٦ •

(٢٠) تفسير ابن كثير ج ٤ ص ٢٨٨ ـ البخارى ـ كتاب فضائل الأنصار ج ٥ ص ٣٩ •

مؤثرا ما عند الله من جزاء على ما قدمه له التجار من أرباح طائلة(٢١) وقد أوصى الاسلام الناس بالتكافل الاجتماعى .

وذلك التزام دينى على كافة المسلمين ، الا أن هذا الالتزام الدينى يحيله ولى الأمر الى التزام قانونى اذا ما دعت ضرورة اليه ويستفاد ذلك مما أثر عن على بن أبى طالب قوله(٢٢) ان الله فرض على الأغنياء فى أموالهم بقدر ما يكفل فقراءهم ، فان جاعوا أو عروا أو جهدوا فبمنع من الأغنياء وحق على الله أن يحاسبهم يوم القيامة ويعذبهم .

وهكذا يقر الاسلام التكافل الاجتماعى بين الناس ، ويلزم الدولة بتنفيذه ، ويعتبر الممتنع عنه عند الضرورة والقدرة آثما ، قال ابن حزم(٢٣) من عطش فخاف الموت ، فرض عليه أن يأخذ الماء حيث وجده ، وأن يقاتل عليه ، ولا يحل لمسلم اضطر ، أن يأكل ميتة ، أو لحم خنزير وهو يجد طعاما فيه فضل عن صاحبه ، لأنه فرض على صاحب الطعام اطعام الجائع ، فاذا كان ذلك فليس بمضطر الى الميتة ولا الى لحم الخنزير،وله أن يقاتل عن ذلك،فان قتل الجائع فعلى قاتله القود « القصاص » وان قتل المانع فالى لعنة الله ، لأنه منع حقا وهو طائفة باغية ، لقوله تعالى « فان بغت احداهما على الأخرى فقاتلوا التى تبغى حتى تفىء الى أمر الله ، فان فاءت فأصلحوا بينهما بالعدل »(٢٤) ومانع الحق باغ على أخيه الذى له الحق(٢٥) ومن

---

(٢١) الشيخ على الخفيف — المالكية وحدودها فى الاسلام ص١٢٥
(٢٢) ابن حزم — المحلى جـ ٦ ص ١٥٨ .
(٢٣) ابن حزم — المحلى جـ ٦ ص ١٥٦ .
(٢٤) سورة الحجرات آية ٩ .
(٢٥) ابن حزم — المحلى جـ ٦ ص ١٥٦ .

اشتد جوعه حتى عجز عن طلب القوت ، ففرض على كل من علم به أن يطعمه ، أو يدل عليه من يطعمه ، فان امتنعوا عن ذلك حتى مات اشتركوا فى الاثم لقوله صلى الله عليه وسلم « أيما رجل مات ضياعا بين أغنياء فقد برئت منهم ذمة الله ورسوله(٢٦) وكذا اذا رأى لقيطا أشرف على الهلاك أو أعمى كاد أن يتردى فى بئر ، وصار هذا لانجاء الغريق(٢) ومن ذلك ما حدث فى عهد عمر بن الخطاب اذ ورد جماعة على ماء ، وكانوا فى حالة من العطش أشرفوا فيها على الهلاك ، هم ودوابهم ، فأبى أصحاب الماء أن يسمحوا لهم بالشرب منه ، فلما وفدوا على عمر أخبروه بالأمر فقال لهم هلا وضعتم فيهم السلاح(٢٨) فقد قال الرسول صلى الله عليه وسلم « المسلمون شركاء فى ثلاث : فى الماء ، والكلأ ، والنار وثمنه حرام »(٢٩) • وقال : « ثلاث لا يمنعن : الماء ، والكلأ ، والنار »(٢٩)

وما فعله أبو عبيدة بن الجراح حينما خرج للجهاد فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وكان معه ثلثمائة من الصحابة ، ففنى زادهم ، فأمرهم أن يجمعوا أزوادهم فى مزودين ، وجعل يقوتهم أياما على السواء(٣٠) وقد اقتضى التكافل الاجتماعى فى الاسلام أن يعطى الفرد على قدر حاجته فقد كان رسول الله صلى اله عليه وسلم اذا أتاه فىء قسمة من يومه ، فأعطى الآهل حظين ، وأعطى العزب حظا واحدا(٣١) كما نجد فى السيرة التى كان عليها الخليفة عمر بن الخطاب

---

(٢٦) الاختيار — شرح المختار ج ٣ ص ١٢٩ •
(٢٧) الاختيار — شرح المختار ج ٣ ص ١٢٩ •
(٢٨) أبو يوسف — الخراج ص ٩٧ •
(٢٩) سنن ابن ماجه ج ٢ ص ٨٢٦ حديثى رقم ٢٤٧٢ ، ٢٤٧٣ •
(٣٠) ابن حزم — المحلى ج ١ ص ١٥٨ •
(٣١) أبو عبيدة — الأموال ص ٢٢٢ •

بعض ما شرعه الاسلام لكفالة العيش الكريم للناس :

١ ـ فمن ذلك أنه بينما كان يحرس قافلة لبعض التجار الذين نزلوا بالمدينة ليلا ، اذ به يسمع بكاء طفل فتوجه نحوه ، وقال لأمه : اتق الله وأحسنى الى صبيك ، ثم عاد الى مكانه ، فسمع بكاءه ، فعاد الى أمه فقال : ويحك . انى أراك أمرأ سوء ، ما لى لا أرى ابنك لا يقر منذ الليلة قالت:يا عبد الله قد أبرمتنى منذ الليلة (أى أضجرتنى)انى اريغه عن الفطام فيأبى ، ، قال ولم ؟ قالت : لأن عمر بن الخطاب لا يفرض الا الفطيم ، قال : وكم له ؟ قالت كذا وكذا ، قال ويحك ، لا تعجليه، فصلى الفجر وما يستبين الناس قراءته من غلبة البكاء ، فلما سلم قال : يا بؤسا لعمر ، كم قتل من أولاد المسلمين ، ثم أمر مناديا فنادى لا تعجلوا صبيانكم عن الفطام ، فانا نفرض لكل مولود فى الإسلام، وكتب بذلك على الآفاق (٣٢) .

٢ ـ كان يفرض لكل مولود عطاء يزاد الى عطاء أبيه «مائة درهم» وكلما نما الولد زاد العطاء .

٣ ـ وقد ذهب شاب الى الجهاد فى سبيل الله ، وأبوه شيخ كبير ، قد كف بصره ، وكان كثير الحنين والبكاء لغيبة وحيده،فلما بلغ ذلك عمر بن الخطاب ، أحضر الشاب وقال له : الزم أبويك ، فجاهد فيهما ، ما بقيا ، ثم شأنك بنفسك ، وأمر له بعطائه وصرفه مع أبيه (٣٣) .

وفى ذلك تقرير لكفالة العيش للأفراد تلتزم به الدولة ، وتنقل هذا الالزام الى من يستطيع ذلك ، كما كان عمر يحمل الطعام بنفسه ويذهب به الى الجوعى يطعمهم ، ومن لم يأت أرسل اليه بالدقيق

---

(٣٢) الدكتور سليمان الطماوى ـ عمر بن الخطاب ص ٩٦ .
(٣٣) الدكتور سليمان الطماوى ـ عمر بن الخطاب ص ٩٧ .

والتمر الى منزله ، وكان يتعهد المرضى ويتولى أكفان الموتى،ويذهب بعد ذلك كله الى المسجد ، ينـاجى ربه متضرعا وهو يقـول : اللهم لا تجعل هلاك أمة محمد على يدى(٣٤) ولقد جرى على هذه السيرة عثمان وعلى والخلفاء الراشدين ومن بعدهم .

هذا وقد ضمنت الدولة الاسلامية خزانتها العـامة ، ما يكفل القيام بحوائج ذوى الحاجات تأكيدا لمسئوليتها عن كفالة المحتاجين ، فأنشأت بيت المال ، وقسـمته الى أقسام تتضـمن أبواب الايـراد والانفاق(٣٥) .

وتقريرا لكفالة الاسلام لحق العيش الكريم للأفراد ، تضـمن الاسلام نظما ثلاثة هى :

الزكاة ــ والصدقات ــ والوقف .

المسألة الأولى الزكاة :

الزكاة هى الركن الثالث من أركان الاسـلام ، وهى عبادة مالية تمثل حقا للفقير فى مال الغنى بالمال الذى تجبفيه الزكاة ، يكون شركة بين الفقراء وبمثلهم ولى الأمر ، وبين أصحاب الأموال ، واذا امتنع الأغنياء عن اخراجها كانوا آثمين ، وأجبرهم الامام على اخراجها(١) .

والزكاة مقررة بقوله تعالى : « انما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم وفى الرقاب والغارمين وفى سـبيل الله

---

(٣٤) الدكتور سليمان الطماوى ــ عمر بن الخطاب ص ١٠٠ .
(٣٥) أبو عبيدة ــ الأموال ص ٢٢٧ .
(١) الشيخ محمد أبو زهرة ــ فى المجتمع الاسلامى ص ٨٦ ــ ٨٧ .

وابن السبيل فريضة من الله » (٢) وقوله تعالى : « خــذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها » (٣) وقد فصلت السنة ما أجمله الكتاب من أحكام الزكاة — ويعتبر الخليفة نفسه مسئولا عن كفالة المحتاجين اقتداء بالنبى صلى الله عليه وسلم — فقد كان عمر يعس فى المدينة ليلا ليعرف فقيرا يبيت على الطوى فيطعمه — أو طفلا لا يجــد ما يتبلغ به فيؤكله • وكان بصره نافذا يتعرف أسرار الضعف والضعفاء فيســد حاجتهم ، ولقد كان يعد نفسه خازنا للمؤمنين وفى ذلك يقول : « ما من مسلم الا له فى هذا المــال حق »(٤) ولقد كان فى التطبيق العملى للزكاة فى عصر الخلافة الاسلامية ما يؤكد الأثر الفعال لها — فقد كان الخلفاء الراشدون حريصين على ألا يكون محتاج فى الأرض الا أنفقوا عليه — وقد اعتزم عمر بن الخطاب أن يقوم برحلة الى آفاق دولة الاســلام ومعه الأموال ينفق على المحتاجين ويعطيهم بعد التحرى عنهم (٥)

كما أرسل والى الصدقات بافريقيا الى الخليفة عمر بن عبدالعزيز يقول له : لم يبق فقير محتاج فى افريقيا وبيت مال الصدقات ممتلىء — فأرسل اليه عمر بن عبد العزيز يأمره بأن يسدد الديون عن المدينين • فسدد ديون الناس حتى لم يبق مدين يستحق السداد ولم يسدد دينه • ثم أرسل الى الخليفة أيضا أنه مازال فى بيت المال الكثير من الصدقات فأمره بأن يشترى العبيد ويعتقهم (٦) •

---

(٢) سورة التوبة آية ٦٠ •

(٣) سورة التوبة آية ١٠٣ •

(٤) مختصر المزنى — على كتاب الأم للشافعى ج ٣ ص ٢٠٣ •

(٥) الدكتور سليمان الطماوى — عمر بن الخطاب ص ١٠٣ •

(٦) القرطبى — الجامع لأحكام القرآن ج ٢ ص ٢٢٣ •

المسألة الثانية : الصدقات :

المقصود بالصدقات فى هذا البحث هو الانفاق فى سبيل الله وذلك غير الصدقة المفروضة بوصفها ركنا من أركان الاسلام — وهى الزكاة:

١ — حكم الصدقات

الصدقة بمعنى الانفاق — واجبة عند لزومها — لأنه يجب على كل مؤمن يرى مؤمنا فى حال تستوجب المعونة — أن يعينه سواء سأله أم لم يسأله — ولقد أمر الله تعالى — وكذلك نبيه الكريم ببذل الصدقات — والانفاق فى سبيل الله — يقول الله تعالى : « ان تقرضوا الله قرضا حسنا يضاعفه لكم — ويغفر لكم » (٧) وقوله تعالى : « لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون » (٨) ويقول النبى الكريم : « أطعموا الجائع وفكوا العانى » (٩) ويقول صلى الله عليه وسلم « أيما مسلم كسا مسلما ثوبا على عرى كساه الله من خضر الجنة — وأيما مسلم أطعم مسلما على جوع أطعمه الله من ثمار الجنة — وأيما مسلم سقى مسلما على ظمأ سقاه الله عز وجل من الرحيق المختوم » (١٠) ويقول صلى الله عليه وسلم « المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يسلمه » (١١) ويقول ابن حزم(١٢) واذا ترك المسلم أخاه الجائع فلم يسد جوعه فقد أسلمه — والصدقة الواجبة هى ما زاد عن الحاجة . يقول الله تعالى : « ويسألونك ماذا ينفقون قل العفو » (١٣) .

---

(٧) سورة التغابن آية ١٧ .

(٨) سورة آل عمران آية ٩٢ .

(٩) البخارى جـ ٧ ص ١٢٠ .

(١٠) سنن الترمذى جـ ٤ باب ١٨ ص ٦٣٣ حديث رقم ٢٤٤٩ — كتاب صفة القيامة .

(١١) البخارى جـ ٣ ص ١٦٨ .

(١٢) ابن حزم — المحلى — جـ ٦ ص ١٥٦ .

(١٣) سورة البقرة آية رقم ١٢٩ .

ومصارف الصدقة متعددة وقد رتبها الشارع تفصيلا فيقول تعالى « يسئلونك ماذا ينفقون — قل ما أنفقتم من خير فللوالدين والأقربين واليتامى والمساكين وابن السبيل » (١٤) فللصدقة ثوابها أيا كان مصرفها — ولكن الثواب يتضاعف فى التصدق على ذوى القربى. يقول النبى صلى الله عليه وسلم « دينار أنفقته فى سبيل الله — ودينار أنفقته فى رقبة — ودينار تصدقت به على مسكين — ودينار أنفقته على أهلك — أعظمها أجرا الذى أنفقته على أهلك »(١٥) .

٢ — هل فى المال حق سوى الزكاة ؟

يقرر الاسلام مسئولية الدولة عن كفالة الأفراد . والوفاء بحاجات الفقراء والمحتاجين — وقد أوضحنا أن من مصارف الزكاة هذا الواجب — كما أن فى أموال الفىء والغنائم . وفى الكفارات والنفقات باب لهذا الوفاء — فاذا لم تف الزكوات وما فى بيت مال المسلمين بحاجات الناس . ولم تقم الصدقات المنشورة بسد هذا الواجب — كان للدولة أن تفرض من الضرائب ما يسد هذا الواجب — وما يقوم بحاجات الناس (١٦) ومن المستقر فى الفقه الاسلامى أن رعاية المصلحة العامة تقتضى أنه اذا خلا بيت المال — أو ارتفعت حاجات الجند . وليس فيه ما يكفيهم — فللامام أن يوظف على الأغنياء ما يراه كافيا لهم فى المال — الا أن يظهر مال فى بيت المال أو يكون فيه ما يكفى (١٧) ولا تلجأ الدولة الى الاستقراض — اذ أن الاستقراض فى الازمات — انما يكون حيث يرجى لبيت المال دخل ينتظر — أما اذا لم ينتظر شىء — وضعفت

---

(١٤) سورة البقرة آية ٢١٥ .
(١٥) مسند أحمد حنبل ج ٥ ص ٢٧٩ — ٢٨٠ .
(١٦) القرطبى — الجامع لأحكام القرآن ج ٢ ص ٢٢٣ .
(١٧) الغزالى — المستصفى — ج ١ ص ٣٠٣ — ٣٠٤ .

وجوه التدخل بحيث لا يفي فلابد من جريان حكم التوظيف (١٨) واذا ما رجعنا الى تطبيقات ذلك في الدولة الإسلامية — وجدنا فيما رواه عبد الرحمن بن أبي بكر : أن أهل الصفة كانوا قوما فقراء يجتمعون في مكان بمسجد النبى صلى الله عليه وسلم وكان يطعمهم من طعامه — وفي ذلك يقول : « من كان عنده طعام اثنين فليذهب بثالث ، ومن كان عنده طعام أربعة فليذهب بخامس أو بسادس » (١٩) .

وقال الرسول صلى الله عليه وسلم « من كان له فضل زاد فليعد به على من لا زاد له — ومن كان معه فضل ظهر فليعد به على من لا ظهر له » (٢٠) وهذا يقتضى وجوب اطعام الفقير على من كان يستطيع اطعامه ولا يجوز تركه عرضة للجوع (٢١) ولما كان عام المجاعة في عهد عمر — أرسل الى ولاة الأمصار ليمدوه بالطعام والأموال — فأرسل له كل وال ما استطاع ارساله — وكان يوزع الطعام على الناس بالسواء — ومما أثر عنه فى تلك المحنة قوله « لو امتدت المجاعة لوزعت كل جائع على بيت من بيوت المسلمين — فان الناس لا يهلكون على أنصاف بطونهم » (٢٢) ومن أقواله فى هذا الشأن « لو استقبلت من أمرى ما استدبرت — لأخذت فضول أموال الأغنياء — فرددتها على فقراء المجاهدين » (٢٣) وعلى ذلك فالصدقة واجبة في المال فضلا عن الزكاة كما أن فرض الدولة الضرائب — اذا لم تف الزكاة والصدقات واجبه

---

(١٨) القلقشندى — صبح الأعشى ج ٤ ص ٥٥ .

(١٩) البخارى ج ٥ ص ٣٨ — ٣٩ .

(٢٠) مختصر مسلم — كتاب القيامة ج ٢ ص ٤٣ حديث رقم ٦٠٦٦

(٢١) ابن القيم — اعلام الموقعين ج ٢ ص ١٢٥ .

(٢٢) الدكتور مصطفى السباعى — اشتراكية الاسلام ص ١٢٦ .

(٢٣) ابن حزم — المحلى — ج ٦ ص ١٥٨ .

عليها القيام بواجباتها ـ وقد روى ابن حزم (٢٤) عن ابن عمر أنه قال : فى مالك حق سوى الزكاة ـ ثم قال : وصح عن الشعبى ومجاهد وطاووس وغيرهم كلهم يقولون : فى المال حق سوى الزكاة ـ ثم أردف هذا بقوله:مانعلم عن أحد فهم خلاف هذا الا عن الضحاك بن مزاحم ـ فانه قال : نسخت الزكاة كل حق فى المال ـ ثم أعرب ابن حزم عن رأيه فى الضحاك فقال وما رواية الضحاك بحجة ـ فكيف برأيه ؟ •

وكما سبق أن أوضحنا ـ فقد حدد ابن حزم مستوى الكفاية للأفراد ـ الذى تلتزم الدولة بكفالته لهم ـ والذى يحق لها من أجله أن تتخطى حدود الزكاة المفروضة ـ فتفرض الضرائب وتجبيها للانفاق فى هذا السبيل ـ بأن يقام لهم :

١ ـ بما يأكلون من القوت الذى لابد منه •

٢ ـ ومن اللباس للشتاء والصيف بمثل ذلك •

٣ ـ ويمسكن يقيهم من المطر ، والصيف والشمس ـ وعيون المارة •

المسألة الثالثة : الوقف :

الوقف : لغة ـ الحبس ـ وهو مصدر وقف ـ أى حبس ـ ومنه الموقف ـ لحبس الناس فيه ـ للحساب ـ كما تقول وقفت عن السير ـ اذا منعت نفسك عنه ـ ومنه الاطلاع ـ تقول : وقف على المعنى : أى اطلع عليه ـ ووقفته على ذنبه ـ أى أطلعته عليه (١) •

---

(٢٤) ابن حزم ـ المحلى جـ ٦ ص ١٥٨ •

(١) المختار ـ مادة وقف •

ومعناه شرعا : حبس العين على حكم ملك الواقف — والتصدق بالمنفعة على جهة من جهات البر فى الحال — أو المال • وذلك عند أبى حنيفة (٢) •

ويعرفه آخرون — بأنه حبس العين على حكم ملك الله تعالى — والتصدق بالمنفعة على جهة من جهات البر ابتداء — أو انتهاء — وذلك عند الصاحبين — ومالك والشافعى (٣) والفقهاء متفقون على أن الوقف مستحب شرعا — ولكنهم اختلفوا فى لزوم الوقف بعد صدوره — فاستند القائلون بعدم لزومه — وذلك رأى الامام أبى حنيفة الى قول النبى صلى الله عليه وسلم : « لا حبس عن فرائض الله » (٤) ووجه الدلالة أن القول بلزوم الوقف — وخروج العين الموقوفة من ملك الوقف — يترتب عليه حبس المال عن الورثة — ومنعهم من أن يأخذوا فرائضهم التى فرضها الله لهم — فيكون منهيا عنه — والقول بعدم لزومه يتفق مع آيات المواريث — ولا حبس فيه فيكون هو المشروع (٥) •

واستند القائلون بلزومه — الى ما روى عن عمر بن الخطاب — من أنه جاء النبى صلى الله عليه وسلم فقال له : أصبت أرضا بخيبر — لم أصب قط أنفس منها عندى فما تأمرنى به ؟ فقال الرسول : ان شئت حبست أصلها — وتصدقت بثمرها — (٦) فتصدق بها عمر — أنها لا تباع — ولا توهب — ولا تورث — وتصدق بها فى الفقراء • وفى

---

(٢) ابن عابدين — حاشية رد المحتار ج ٣ ص ٤٩٣ •

(٣) شرح الباجى للموطأ ج ٦ ص ١٢٢ •

(٤) مسند الدارقطنى ج ٢ ص ٤٥٤ •

(٥) الدكتور محمد مصطفى شلبى — محاضرات فى الوقف والوصية ص ٩ سنة ١٩٥٦م •

(٦) أخرجه الستة — كما جاء فى نصب الراية ج ٣ ص ٤٧٦ •

القربى ـ وفى الرقاب ـ وفى سبيل الله ـ وابن السبيل ـ والضيف ـ لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف ويطعم غير متمول (٧) والرأى الراجح ـ هو قول الصاحبين ـ بلزوم الوقف •

والوقف هو أحد المؤسسات التى أقامتها الدولة الاسلامية لكفالة الفقراء وهو نوعان : أهلى ـ وخيرى •

فالوقف الأهلى : يقصد به تأمين التكافل الاجتماعى لأقرباء الواقف وذريته وذلك احتفاظا لهم بقدر مناسب من العيش طول حياتهم ـ بحيث يؤول ما يدره بعدهم الى جهة خير لا ينقطع ـ كالفقراء ـ والمؤسسات الاجتماعية •

والوقف الخيرى : يكون لتمويل التكامل الاجتماعى لكل جهات البر والخير ـ وهى متعددة • لا تدخل تحت حصر ـ ويحددها الواقف فى شروطه •

وقد كان فى واقع المجتمع الاسلامى ـ أوقاف لكفالة الأيتام ـ واللقطاء ـ والعجزة ـ والعميان ـ والمقعدين •

كما وجدت أوقاف على المساجد ـ والمدارس ـ والمستشفيات ـ والمقارىء ـ والتكايا ـ والسقايات ـ والمقابر •

وأوقفت أعيان على القرض الحسن ـ والأشجار المثمرة ـ والتزويج الشباب ـ والفتيات ـ ونحر الأضاحى فى عيد الأضحى ـ وتوزيعها على الفقراء فى رمضان •

---

(٧) الشافعى ـ الأم جـ ٣ ص ٢٨٠ (ط ـ الشعب) •

وكذلك أوقفت أموال على اعداد السلاح والخيول للجهاد — وتجهيز المقاتلين — بالمال وغيره — واصلاح الجسور — والطرقات العامة .

والوقف : اجراء اختيارى للفرد — بعكس الزكاة — فهى فريضة واجبة — وبعكس الصدقة — اذ تصبح واجبة عند لزومها .

تلك هى ركائز كفالة العيش الكريم فى النظام الاسلامى — تؤمن بها الدولة . حياة المحتاجين — وتكفل بها معيشة المعوزين :

« والله أعلى وأعلم »

د / عبد الصمد سيد محمد صميدة

نطاق الحماية الجنائية للميئوس من علاجهم والمشوهين خلقياً في الشريعة والقانون

د/ محمد زين العابدين طاهر محمد
مدرس القانون الجنائى
بكلية الشريعة والقانون بأسيوط

تمهيد وتقسيم :

مما لاشك فيه أن للحالات الصحية والخلقية التى تتسم بطـابع الخروج عن المألوف فى مجال السنن الكونية اعتبارا فيما يتعلق بسريان الأحكام التى تسرى على مثيلاتها من الحالات السوية الأخرى ، وهذا الاعتبار مرجعه أساسا الى طبيعة المعطيات التى تنطلق من هذه الحالات غير السوية أيا كانت طبيعتها وأيا كان مجالها ، أى سواء كان ذلك فى نطاق الحالات الميئوس من علاجها ، أو الحـالات الخاصة بالمشوهين خلقيا ، وسواء كانت المعطيات طبية أم شرعية أم قانونية وسوف نحاول بعون الله وتوفيقه القاء الضوء على هذه المعطيات المختلفة لكلتا الحالتين لمعرفة نطاق وحدود الحماية الجنائية التى تترتب على ذلك وذلك فيما يأتى :

---

(١) أى الذين لحقهم نوع من عدم السوية فى الخلقة ـ بكسر الخاء لا بضمها كما سوف نشير الى ذلك فى حينه .

المطلب الأول

المعطيات الطبية لكل من الميئوس من علاجهم والمشـوهين خلقيا

أولا : بالنسبة الميئوس من علاجهم :

قبل التعرض لهذه المعطيات الطبية يجدر بنا القاء الضـوء على المضمون الخاص بالميئوس من علاجه ثم على تلك المعطيات .

الميئوس من علاجه : هو الشخص الذى اعتراه مرض عضال غير قابل للعلاج فى الوقت الراهن (٢) . أو بمعنى آخر : هو الشخص الذى أصيب بمرض ما واستنفذ الأطباء معه كل وسائل العلاج وصـار غير قابل للشفاء (٣) . ومثل هذه الأمراض الميئوس من علاجها غالبا ماتكون أمراضا قاتلة بالنسبة للانسان ، ومن هذا المنطلق كان للعديد من هذه الأمراض الآثار السيئة على شخصية المريض ونفسيته وحيـاته التى قد تدفعه فى كثير من الأحوال الى الخلاص من نفسه أو الانتحار ، فالعلاقة وثيقة بين صحة الانسان ونفسيته (٤) ، لأن الصحة والمرض

---

(٢) انظر مضـمون هذا المعنى د. أحمد شرف الدين ـ الحـدود القانونية والانسانية للانعاش الصناعى ـ بحث منشور بالمجلة الجنائية القومية (المجلد التاسع عشر) العدد الثالث نوفمبر ١٩٧٦م ص ٤٥٨ .

(٣) وصيرورته غير قابل للشفاء انما كان بحكم علم البشر ، أى بمقتضى الأسـباب التى هى فى مكنه ومقـدور البشر لا بحكم علم الله سبحانه وتعالى وقدرته على الشفاء والا فما من داء الا وضع الله له دواء. ولذلك كان الطب فى كل يوم يظهر بالجديد فى هذا المجال .

(٤) انظر د. محمد السعيد رشدى ـ الجوانب القانونية والشرعية لجراحة التجميل ـ دراسة مقارنة ص ١٤ ط ١٩٨٧م .

ليسا من خصائص الأجسام العضوية وحدها بل يشملان النفوس والأرواح أيضا ، فالانسان ليس جثة ناطقة فحسب بل هو نفس عاقلة (٥) أيضا لها مسلكها ووضعها الخاص فى الحياة .

وعلى الرغم من ذلك أى من حيث ما يعترى مثل هذه الحالات من يأس فيما لحق بجسم الانسان من الداء العضال الذى استنفد كل وسائل العلاج ــ فان لهذه الحالات معطياتها المختلفة فى المجالات المتعددة من النواحى الطبية والشرعية والقانونية (٦) . مما يجعلها محل اعتبار فى الابقاء على الميئوس من علاجه والمحافظة عليه بكافة الوسائل المختلفة ، ومن بين هذه الوسائل الوسائل الطبية أو العلاجية التى ننطلق أساسا من المعطيات الطبية التى تجعل هذه الحالة منوطة بتلك الوسائل العلاجية أو الطبية من حيث المحافظة على الميئوس من علاجه والابقاء على حياته ، ولما كانت لهذه المعطيات الطبية اعتبارها وآثارها فى هذا الصدد كان من الجدير بنا التعرض لهذه المعطيات لبيان ما لها من اعتبار فى المحافظة على مريض هذه الحالة .

المعطيات الطبية الخاصة بالميئوس من علاجه :

مما لاشك فيه أن الميئوس من علاجه انما هو انسان يتسم بالطبيعة البيولوجية ويشتمل على العديد من الأعضاء التى تقوم بمهامها الوظيفية فى الحياة من الوجهة التشريحية (٧) والاجتماعية وأن أى خلل فى هذه

---

(٥) د. عبد الستار أبو غدة ــ المبادىء الشرعية للتطبيب والعلاج ــ بحث مقدم الى المؤتمر العالمى الثانى للطب الاسلامى المنعقد بالكويت ١٩٨٣م والمنشور بمجلة المسلم المعاصر السنة التاسعة العدد ٣٥ ص ١٠٥

(٦) وسوف نشير الى هذه المعطيات الشرعية والقانونية فى المطلب الثانى من هذا المبحث .

(٧) وانظر تفصيلا فى كيفية القيام بهذه المهام الوظيفية للأعضاء وخاصة الأعضاء الحيوية الهامة كالقلب د. شفيق عبد الملك ــ علم التشريح ووظائف الأعضاء ص ٣٤٧ ، ٣٤٨ ط ٧ مصورة .

الناحية من شأنه أن يعكر على الانسان صفو حياته ، فهو وأن كان قد داهمه المرض القاتل الا أن ذلك لا يعنى اهدار حقه فى العلاج ، لذلك فان هذا الخلل الذى دب فى العضو من الناحية التشريحية أساسا فى ثبوت حق المريض فى مواجهة الأطباء ببذل كل وسائل العلاج — أيا كانت طبيعة الداء الذى اعتراه — للمحافظة على حياته وسلامة جسمه أو حيويته وفقا لما تقضى به قواعد وأخلاق المهنة الطبية ، لأن ذاتية مظاهر جسم الانسان التى هى احدى الصفات المميزة له فى الحياة عن غيره ممن هم فى عداد الموتى أو « ميتى الاحياء » هى التى تنطلق من حيويته (٨) التى مكمنها القوى الحيوانية فى الانسان (٩) ، ولماكان لتنظيم العلاج الطبى • وظائفه الهامة واعتباره فى أعين الناس جميعا (١٠) فانه من هذا المنطلق كان الأطباء مطالبين ببذل قصارى الجهد تجاه المريض الميئوس من علاجه فى سبيل المحاولة لانقاذ حياته وسلامة جسمه ، لأن أهمية مادة الجسم تأتى من منطلق المحافظة على المهام الوظيفية للأعضاء من الوجهة التشريحية وما يستتبع ذلك من القيام بالمهام الاجتماعية والشرعية والقانونية التى تتضافر أساسا مع الوظيفة الاجتماعية للعمل الطبى التى منحت الأطباء حق امتياز على جسم الانسان (١١) والتى تكمن أساسا فى المحافظة على حياة وسلامة

---

(٨) انظر مجلة لايف الطبية العلمية — العدد الخاص بجسم الانسان ص ٣٥ ط ١٩٦٨م د. آلان ايمانورس .

(٩) أى القوة التى اذا حصلت فى الأعضاء هيأتها لقبول قول الحس والحركة وأفعال الحياة .

انظر القانون فى الطب لابن سينا ج ١ ص ٧٠ ط جديدة بالأوفست مصورة عن طبعة بولاق .

(١٠) انظر د. محمد عبد المنعم نور — الطب والمجتمع ص ٤٥ ط ١٩٨٣م .

(١١) انظر فى ذلك :
R. SAVATIER : Impérialisme médical sur le terrain du droit. R. DALLOZ 1952 p. 157.

الأفراد (١٢) للقيام بتلك المهام الوظيفية ، لذلك فان تحسين صحة الفرد واسعاده هو هدف اجتماعي الزامي (١٣) ، ومن هنا كان الطبيب حكما ونائبا عن المجتمع فى تقرير ما يراه مفيدا للمريض والمجتمع فى مثل هذه الحالات الميئوس منها (١٤) متى كان ذلك فى اطار الحدود الشرعية والقانونية ، ومن هنا كان من واجبات الطبيب عدم الاكتفاء بتقديم الدواء التقليدى أو الوسائل العلاجية التقليدية ، بل يجب عليه اللجوء الى كل ما من شأنه أن يأنس فيه محاولة الحصول على الشفاء — باذن الله — من الوسائل الطبية الحديثة أملا فى احراز الدرجات المرضية من التقدم الصحى والنفسى للمريض الميئوس من حياته ولو كان ذلك بوضعه تحت أجهزة الانعاش الصناعى (١٥) ، هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى أن العلاج الطبى يمنع كثيرا من المآسى (١٦) التى تمثل منطلقا للعديد من المشاكل الاجتماعية والاقتصادية والصحية الأخرى ، خاصة اذا كان على ضوء الايجابيات الطبية التى أحدثها التقدم الطبى الهائل فى هذا العصر وما ترتب على ذلك من نتائج طبية فى هذا المجال فهناك العديد من الأمراض التى كان ميئوسا من شفائها من قبل أصبحت

---

(١٢) انظر فى هذا الحق أيضا :

R. SAVATIER : Securité humaine et Responsabilité civile du médecin DALLOZ 1967 P. 35

(١٣) انظر د. سعيد محمد الحفار — البيولوجيا ومصير الانسان ص ١٩٣ ط (١٩٨٤) .

(١٤) د. أحمد شرف الدين — الحدود القانونية والانسانية للانعاش الصناعى ص ٤٥٩ (مشار اليه سابقا) .

(١٥)

15. Dr. ALY ABD EL-NABY : Fronesic Medecin and Toxicology P. 25, (1975)

(١٦) الموسوعة الطبية الحديثة جـ ١٢ ص ٦٩٢ ترجمة مجموعة من كبار الأطباء . د/ ابراهيم أبو النجا ، د/ عيسى حمدى المازنى ، د. لويس دوس .

محلا للعلاج بل وتحقق فيها الشفاء ــ باذن الله تعالى ــ كما هو الحال بالنسبة للأعضاء التالفة التى ثم استبدالها بأخرى عن طريق النقل والزرع سواء كان مصدرها انسان حى (١٧) أو جثة ميت (١٨) ، أو كان عن طريق نقل الدم (١٩) ، أو غير ذلك من وسائل العلاج الأخرى لمثل هذه الأمراض وغيرها من الأمراض الأخرى التى تماثلت للشفاء اليوم (٢٠) ، والتى لازال بعضها محل اجتهاد من قبل الأطباء للبحث عن وسيلة علاج له(٢١) ، ولأنه مهما قرر الأطباء أنه لا علاج للمرض

---

(١٧)
17. Dr. JEAN-YVES NEVEUX : L'homotransplatation Rénale chez l'homme. (Cahiers Laennec) Mars 1966, P. 15 et s, G.F. MONTIER : A brobos des Greffes du Cœur. (Gazette du Palais) P. 84, (1968).

(١٨)
18. René SAVATIER : Le problème des Graffes d'Organies prélevés sur un Cadavre Dalloz. P. 89, (1968).

وتفصيلا انظر : رسالتنا الخاصة بنطاق الحماية الجنائية لعمليات زرع الأعضاء فى الشريعة الاسلامية والقانون الوضعى دكتوراة ١٩٨٦ وخاصة ص ٣٣٨ ، ٤٢١ .

(١٩) انظر :
R. SAVATIER : De sanguine Jus, Dalloz, P. 141 et s. (1954).

(٢٠) كما هو الحال بالنسبة لمرض (Hodkin) وهو مرض فتاك وقد أمكن علاجه بواسطة الأشعة : وأيضا مرض hémolytique neonatial الذى يلحق بالأطفال حديثى العهد بالولادة حيث توصل الى علاجه وشفائهم عن طريق تغيير الدم (انظر فى ذلك : د. محمد سامى السيد الشوز ــ الحماية الجنائية للحق فى سلامة الجسم ص ٤١٧ ط ١٩٨٦ .

(٢١) كما هو الحال بالنسبة لمرض (Toy SAKE) وهو مرض يولد به الطفل ويظهر وكأنه سليم ولكنه يبدأ فى المعاناة من سن الثانية ثم لا يلبث أن يموت ، وكذلك مجموعة الأمراض التى يطلق عليها أمراض (DAWNS SYNDROME)

=

الميئوس منه فان ذلك ليس محل اعتبار ، لأن لكل داء دواء لقوله عليه الصلاة والسلام : « عباد الله تداووا فانما خلق الله لكل داء دواء (٢٢)، واذا صادف الداء الدواء برىء صاحبه باذن الله ، أيا كانت طبيعة الدواء مادية أو روحية(٢٣) ، فالشفاء هو منة صاحب الشرع على المرضى من عباده ، لأن الذى وضع الشرع هو الذى وضع الطب (٢٤) ، ولأن سبب الابقاء على حياة الميئوس من علاجه من الوجهة الطبية هو أنه من المستحيل أن يعرف الأطباء على وجه التأكيد ما اذا كانت حالته غير قابلة الشفاء ، فقد شفيت حالات من قبل كان ميئوسا من شفائها (٢٥) ــ كما سبق القول ، وقد يجد جديد فى مجال العلم يتيح شفاء مثل هذه الحالات التى نحن بصددها (٢٦) ، ومن هذا المنطلق كان الواجب على الأطباء العمل على ابقاء حياة مثل هؤلاء المرضى

=

راجع فى ذلك : د. الحفار ــ البيولوجيا ومصير الانسان ص ٨٨ وما بعدها ، وانظر بعض الأمراض القاتلة فى الطب الاسلامى . طب الرازى ــ دراسة وتحليل لكتاب الحاوى ص ١٨١ ، ١٨٢ (ط محققة) .

(٢٢) رواه أبو داود ج ٤ ص ٣ ط (بيروت) .

(٢٣) كما هو العلاج بطريق الرقيا فى الشريعة ، وقد كان لها أثرها فى شفاء العديد من الأمراض التى كانت مستعصية على الطب البشرى كالصرع الناجم عن الأرواح الخبيثة (انظر زاد المعاد لابن القيم ج ٤ ص ٦٦ وما بعدها ط بيروت) والسحر وغيره من الأمراض التى تخرج عن قدرة الطب البشرى وانظر أيضا : الطب النبوى لابن القيم أيضا ص ٧،٥ (ط محققة) ، تفسير القرطبى المجلد الثانى ص ١٢٧٦ ط أولى ، أيضا المدخل للطب الاسلامى د. محمد على مطاوع ص ٥٢ (١٩٨٥) وفى التعويل على هذه الوسيلة انظر أيضا : الموسوعة الطبية الحديثة ــ المشار اليها سابقا ج ١٢ ص ١٦٩٢ وما بعدها .

(٢٤) قواعد الأحكام للامام العز بن عبد السلام ص ٤ ط دار الشروق .

(٢٥) انظر : الموسوعة الطبية الحديثة ج ٢ ص ٢٣٤ .

(٢٦) د. محمد على مطاوع ــ المدخل للطب الاسلامى ص ١٨٢ .

الميئوس من حياتهم وامدادهم بأقصى ما يسعهم لتخفيف آلامهم وتهيئة قصارى جهودهم لاراحتهم (٢٧) ، فالمريض اذا شعر بأن لدائه دواء تعلق قلبه بروح الرجاء وبرد من حرارة اليأس وانفتح له باب الرجاء وكان سببا فى قوة نفسه وانبعاث الحرارة الغريزية فيه وقوة الأرواح الحيوانية والنفسية والطبيعية(٢٨) ، ولا حرج على الطبيب اذا ما رأى علاجه أخفق فى أن يستنير باستشارة زملائه المختصين ، ولا ينقص هذا من مكانته ويترك علاجه ويلجأ الى العلاج المقترح(٢٩) ،وهذا الاجتهاد قد يكون له أثره فى الشفاء ــ باذن الله ــ خاصة اذا ما صادف هــذا الدواء أو العلاج داء المريض (٣٠) العضال أو الذى تعصى علاجه .

ثانيا : بالنسبة المشوهين خلقيا :

المشوة خلقيا : هو الذى خلق على غير الوضع البدنى السوى ، أو هو : الذى لحقت به بعض التشوهات الخلقية التى تخرجه عن عداد الأسوياء فى المجتمع من بنى جنسه ، وقد يكون ذلك مصــدره العامل الوراثى ، لأن المظهر الاجمالى للكائن يكون محكوما باجمالى الجينات التى نقلها اليه الأبوان (٣١) .

والواقع أن الحالات الخاصة بالمشوهين بدنيــا أو خلقيا لا تخلو من حالتين :

---

(٢٧) انظر المرجعين السابقين الموســوعة ج ٢ ص٢٣٥ ، المدخل للطب الاسلامى ص١٨٢ ، وانظر ايضا . طب الرازى ص١٦٠ .

(٢٨) الطب النبوى لابن القيم ص ١٢ .

(٢٩) انظر الطب الشرعي والبوليس الفنى الجنائى د. يحيى شريف د/ محمد عبد العزيز سيف النصر ، د/ مشالى ج ٢ ص١٨ ط ١٩٥٨ .

(٣٠) وانظر فى ذلك وعلى سبيل المثال : طب الرازى ص ٣٠٦ .

(٣١) د. الحفار ــ البيولوجيا ومصير الانسان ص ٢٩ .

الأولى : وهى التشوهات المكتسبة التى تلحق بالشخص نتيجة اصابته بحادث معين ترتب عليه ذلك كحوادث الحروق ، واصابات العمل فى حوادث العمل وحوادث السيارات والقطارات ، وكذلك الاصابات الناجمة عن ممارسة لون من الرياضات العنيفة كالملاكمة والمصارعة الحرة وما يترتب على ذلك من تشوهات الوجه وغير ذلك ، أى أن هذا النوع من التشوهات يكون الانسان قد ولد سوى الخلقة ثم حدثت له هذه التشوهات المكتسبة •

الثانية : وهى التشوهات الخلقية ـ أى الطبيعية ـ وهى التى يولد بها الانسان وهو على هذه الحالة ، وقد يكون محل هذه التشوهات الخلقية عضو أو أكثر وقد يكون داخليا ـ أى خاص بعضو داخلى فى الجسم ـ وقد يكون خارجيا ـ أى خاص بأعضائه الخارجية كالوجه والأطراف وغيرها (٣٢) ، وقد يكون هذا التشوه راجعا الى التصاق توأمين فى عضو أو آخر (٣٣) وقد يكون هذا التشوه راجعا الى اختلاف هيئة المولود أو طبيعته عن هيئة الانسان ، وقد يكون هذا الاختلاف

---

(٣٢) كما هو الحال بالنسبة للشفاه الكبيرة الحجم أو المشقوقة أو الأنف الصغير أو الكبير أو القطساء أو المقوسة ، والأذن الصغيرة الضامرة أو الكبيرة الواقفة ، والنهود الضامرة ، وكذلك طول القامة المفرط او القصر غير المعهود وانظر فى عرض بعض الأمثلة للتشوهات والعيوب الخلقية الأخرى : د• محمد السعيد رشدى الجوانب القانونية والشرعية لجراحة التجميل ص ٩ ، وانظر فى أنواع هذه الحالات د• محمد سامى ـ الجنائية للحق فى سلامة الجسم ص ٥٠٠ •

(٣٣) فقد وضعت سيدة مصرية فى صعيد مصر توأمين ملتصقين عند البطن والصدر وبحبل سرى واحد ولهما أربع أياد وأربع أرجل انظر جريدة الوفد عدد (الجمعة) ١٨ مارس سنة ١٩٨٨ ، وأيضا ما طالعتنا الصحف من ولادة توأمين ملتصقين فى الرأس فى جنوب أفريقيا ، وتم اجراء عملية فصل لهما • الاخبار (الاثنين) ١٩٨٨/٥/٩ العدد ١١٢٢٧ ص ١٠ •

كليا في الهيئة أو الصورة ، كما لو كان المولود أشبه بصـــورة الحيوان (كالقرد مثلا) ، وقد يكون هذا الاختلاف جزئيا كما لو كان المولود مختلط الهيئة ، كما لو كان نصـــفه الأعلى لانسان والآخر في صــــورة حيوان وقد يكون ناقص عضو ، أو زائد (٣٤) ، وقد يكون في اختلاف مواضع الأعضاء وغير ذلك مما هو خارج عن الخلقة السوية المــألوفة في بني جنس المشوه ومما لاشك فيه أن المشوة خلقيا ــ وان كان الله عز وجل يمنحه نعمة السوية في الخلقة الا أنه سبحانه وتعالى قد منحه الحياة ، ولا يعني فقدان الأولى اهدار الثانية ، ذلك لأنه سبحانه وتعالى أدخله في عداد التكريم الألهي الذي أسبغه على عنصر أوصفة الآدمية في الانسان لقوله تعالى : « ولقد كرمنا بني آدم » (٣٥) واذا كان سبب الوهن والضعف أو المرض لا يسأل عنه الشخص غالبا (٣٦) فانه من باب أولى من كان لصيقا بشخصه من حيث التكوين الخلقي الذي قدر الله له أن يوجد عليه ، ولذلك فهو لا يسأل عنه (٣٧) ولو كانت الخلقة ينفر منها ضعاف النفوس أو كانت محل اشمئزاز من الغير .

ولما كان لهذه التشوهات الخلقية في بعض الأحوال بعض الآثار الخطيرة على حياة المرء الاجتماعية ونفسيته بل وعلى شخصيته أيضا ، فانه متى كان التشويه أو العيب البدني قابلا للاصلاح والعلاج فانه

---

(٣٤) فقد ولد في الصين طفل له رأسان وله قلب واحد وأمعـــاء واحدة وله عمودان فقريان ومعدتان . انظر المجلة العربيـــة العـــدد ١٠٢ س ١٠ ١٩٨٦ ص ١٦ ، كما ولد طفل في جمهورية مصر العربية له ثلاثة رءوس وست أصابع في كل يد وقدم جريدة المساء ٧ يناير سنة ١٩٨٨ (الخميس) ص ٤ ، كما ثبت أيضـــا ولادة طفل مشوه بثلاث أرجل ــ الأهرام عدد ١٤ يوليو سنة ١٩٨٧ ص ٢٠ .

(٣٥) سورة الاسراء الآية ٧٠ .

(٣٦) الطب والمجتمع ص ٤٣ (مشار اليه آنفا) .

(٣٧) قواعد الأحكام جـ ١ ص ١٣٨ (دار الشروق) .

لا حرج على الشخص فى ذلك . لتفادى ما يمكن ان يتعرض له الشخص من الآثار الاجتماعية (٣٨) والنفسية السيئة من جراء هذه العيوب أو التشوهات الجسدية ، الأمر الذى يجعل التدخل الجراحى بطريق التجميل حسبما تعوزه الحاجة هو العلاج الوحيد لوضع حد لسوء الحالة النفسية التى تؤذى المبتلى بالعاهة فى جسمه (٣٩) ، ولا أن اصلاح هذه التشوهات يجعله داخلا فى مفهوم الصحة ، لأن الصحة حالة تستلزم كون البدن جاريا على المجرى الطبيعى(٤٠) ، ولأن الطب حافظ للصحة دافع للمرض ، فالواجب البقاء وعدم اختلال البنية (٤١) أيا كان الاختلال داخليا أى خاص بالأعضاء الداخلية ووظائفها أو خارجيا أى خاص بالأعضاء الخارجية الذى يمثل هيئة الانسان على الوضع والصورة التى يجب أن يكون عليها دون عيب أو خلل ، لأن هيئة الانسان انما هى تابعة للجسم (٤٢) ، كما أن بقاء الأعضاء على الهيئة السابقة تعتبر نوعا من السلامة المعنوية للشخص التى تقتضى الاعتراف للفرد بحقه على الهيئة أو الصورة التى تعكس كيانه المادى وتعتبر مظهر شخصيته (٤٣) الأمر الذى يجعل للعمليات التجميلية فى هذا المجال أهمية كبيرة أيا كانت طبيعتها ولو كانت عن طريق ترقيع

---

(٣٨) د. محمد على مطاوع ــ مدخل الى الطب الاسلامى ص ١٩٢ .

(٣٩) انظر : حسين عامر ، عبد الرحيم عامر .
المسئولية المدنية ــ التقصيرية والعقدية ص ٢٠٥ (ط ٢ ١٩٧٩م).

(٤٠) انظر : تذكرة أولى الألباب والعجب العجاب لداوود بن عمر الأنطاكى ج ٢ ص ١٣٨ ط صبيح ، النزهة المبهجة فى تشحيذ الأذهان وتعديل الأمزجة لابن عمر الانطاكى ج ١ ص ١٣٨ بهامش التذكرة . نفس الطبعة .

(٤١) تذكرة أولى الألباب ج ٢ ص ١٤٠ (والمسمى بتذكرة داوود).

(٤٢) انظر : حاشية أبى الضياء نور الدين ج ١ ص ٢٨ مطبوع بهامش نهاية المحتاج للرملى (ط مصطفى الحلبى) .

(٤٣) د. حسن كيرة ــ المدخل الى القانون ص ٤٢٢ ط (١٩٧١م).

عضو غير كامل البنيان ، أو ازالته وزرع آخر مكانه ، أو اصلاح عضو مشوه جزئيا (٤٤) ، طالما كان ذلك فى اطار تحقيق المصالح المشروعة ولم يكن من منطلق التغيير لخلقة الله (٤٥) ، أو تؤدى الى حدوث ضرر أشد أو مفسدة أعظم من المراد ازالتها ، والا دخلت فى الاطار المنهى عنه شرعا ، لقوله تعالى : « ولأمرنهم فليغيرن خلق الله (٤٦) (حكاية من أبليس لعنه الله) ، وقوله : « لا تبـديل لخلق الله » (٤٧) ، وللقاعدة الشرعية التى تقرر « ان درء المفاسد مقدم على جلب المصالح »(٤٨) ، وقانونا(٤٩) أيضا ومتى كانت هذه الوسـيلة العلاجية ـ أى الجراحية التجميلية ـ قد تمت فى اطارها الشرعى والقانونى فانهـا تفتح آفاقا جديدا للمشوه الخلقى فى مجال الصحة والسعادة من ناحية ، وأعمال حقوقه المكتسبة شرعا له خاصة فى مجال السياسة الشرعية أو الولاية العامة (٥٠) من ناحية أخرى بالاضافة الى تحقيق الصـورة الجمالية والهيئة الحسنة السوية المستوحاه من قوله تبارك وتعالى : « وصوركم

---

(٤٤) انظر فى ذلك تفصـيلا رسالتنا السـابقة ـ نطاق الحماية الجنائية لعمليات زرع الأعضاء جـ ١ ص ٣١٣ وما بعدها وأيضا ، الجوانب الشرعية والقـانونية لجراحة التجميل د٠ محمد السعيد رشـدى ص ٩ وما بعدها ، الحماية الجنائية للحق فى سلامة الجسم د٠ محمد سامى السيد ص ٤٩٩ وما بعـدها (ط ١٩٨٦) ، الموسـوعة الطبية الحديثة جـ ١٠ ص ١٥١٣ ٠

(٤٥) انظر : د٠ محمد على مطاوع فى المدخل للطب الاسلامى ٠

(٤٦) سورة النساء الآية ١١٧ ٠

(٤٧) سورة الروم الآية ٢٩ ٠

(٤٨) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٩٠ ٠

(٤٩) انظر فى ذلك : كورنبروبست فى رسالته : جراحوا التجميل من ادعاء القدرة على التغيير فى الخلقة التى صنعها الله هو عمل شائن ٠

(٥٠) كما هو الحال بالنسبة للامامة حيث اعتبر بعض الفقهاء ان بعض التشوهات الخلقية مانعة من انعقاد الامامة فى حقـه ٠ انظـر على سبيل المثال : الأحكام السلطانية للماوردى ص ١٨ ط (١٢٩٨هـ) ٠

فأحسن صـــوركم » (٥١) ، وقوله : « لقد خلقنا الانســـان فى أحسن تقويم » (٥٢) فحسن الصورة وجمال المظهر وحسن القوام هما عنصر الجمال فى الانسان حتى لا ترى أحدا يتمنى أن يكون على غير هذا التقويم والصورة التى أنشىء عليها (٥٣) الانسان من الخلقة السوية ٠

كما أن هناك من الأعضاء فيها من الجمال والنفع الكامل ما يجعل الآدمى يمتـــاز به من بين ســـائر الحيوانات فتفويته فى معنى تفوته النفس (٥٤) ٠ ونظرا لما فى تفويت هذه الأعضاء من منافع وجمال كان قطعه ، أو تشويهه يعتبر عاهة مستديمة (٥٥) وموجب لتطبيق العقوبة المقررة شرعا وقانونا فى هذا الصدد ٠

المطلب الثانى

المعطيـــات الشرعية والقانونية لكل من الميئوس من علاجه والمشوة خلقيا

أولا : بالنسبة للميئوس من علاجه أو حياته :

اذا كانت الوظائف العضوية التى تقوم بها الأعضاء فى جســـم الانسان تنال أهمية فائقة من الوجهة التشريحية فى مجال ابقائها على الوضع الذى وجدت عليه والمحافظة عليها بكل الوسائل العلاجية اذا

---

(٥١) سورة غافر الآية ٦٣ ٠

(٥٢) سورة التين الآية ٤ ٠

(٥٣) بدائع الصنائع ج ١ ص ٩٠ طبعة الامام طبعة ثانية ٠

(٥٤) انظر : المبسوط للسرخسى ج ٢٦ ص ٦٨٠ ، كشاف القناع ج ٥ ص ٥٤٩ ط ١٤٥٢هـ ٠

(٥٥) الطب الشرعى النظرى والعملى د٠ محمد عبد العزيز سيف النصر ص ١٥٩ ط ١٩٥١م ٠

ما اعتراها خلل ، فانها أيضا محل اعتبار مطلق من الوجهـة الشرعية والقانونية من حيث ابقائها والمحافظة عليها أيضا يمنع كل ما من شأنه النيل من سلامة الحياة أو الجسم ولو كان قد اعتراها من الخلل الوظيفى ما لا يرجى معه العلاج أو ما أصبح به الشخص ميئوسا من حياته .

وتأتى أهمية المعطيات من الوجهة الشرعيـة والقانونية من حيث كون الانسان محلا للتحمل بالحقوق والواجبات أيا كان مجالها الشرعى أو بمعنى آخر تعبديه أو اجتماعية ففى المجـال الشرعى : نجـد أن الشخص ملقى على عاتقه حقوقا متعلقة بالغير وفى مقـدمتها حق الله سبحانه وتعالى أو التكاليف الشرعية التى تنطلق أسـاسا من الوظيفة التعبدية للانسان (٥٦) التى أشار اليها سبحانه وتعـالى فى قوله : « وما خلقت الجن والانس الا ليعبدون » (٥٦) بالاضافة الى حقوقه الخاصة وهى مصالحه (٥٧) ، لذلك كان حق الشخص على جسمه حق مشترك بينه وبين الله تعالى (٥٨) ومن هذا المنطلق لم تكن حياة الميئوس من علاجه ملكا له بحيث يمكن له اهدارها نتيجة ما أصـابه من مرض ميئوس من علاجه ، لأن القول بذلك من شـأنه أن يؤدى الى اهدار تلك الحقـوق الواجب أداؤهـا شرعا لأن الأداء هـو المقصـود فى حقه تعالى (٥٩) فلا يجوز اسـقاطه (٦٠) بأى حال ، ولأن حق الله يتعلق بالنفع العـام(٦١) للمجتمع ، أى الذى يعود على المجتمع وهو

---

(٥٦) سورة الذاريات الآية رقم ٥٦ .

(٥٧) انظر : فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت مطبوع بهامش المستصفى ج ١ ص ٥٦ ط أولى .

(٥٨) قواعد الأحكام ج ١ ص ١٣٠ ط دار الشروق .

(٥٩) كشف الأسرار للبزدوى ج ٤ ص ٢٤١ ط بيروت .

(٦٠) الفروق للقرافى ج ١ ص ١٤٢ ط بالأوفست .

(٦١) التلويح على التوضيح ج ٢ ص ١٥١ ، كشف الأسرار ج ٤ ص ١٣٤ ط بيروت .

مضمون المصلحة العامة أو حقوق الجماعة التى تتحدد أساسا على مدى حقوق الله تعالى (٦٢) ، أما فى المجال القانونى ، فانه يقع على عاتق الشخص حقوق وواجبات أو ارتفاقات خاصة بالمجتمع ، والقيام بما يأتى فى اطار الوظيفة الاجتماعية التى تتعلق بالشخص بالاضافة الى الحق الفردى أو الشخصى للحق فى الحياة وسلامة الجسم ، لذلك فان حق الحياة أيضا هو حق اجتماعى قبل أن يكون فرديا (٦٣) ، بل هو يأتى فى مقدمة الأموال القانونية فى المجتمع (٦٤)، واذا كان الميئوس من علاجه له حق فى حياته ونفسه فان هذا الحق محدود ومقيد بحقوق غيره من أفراد المجتمع من ناحية وحقوق المجتمع من ناحية أخرى ، فلا يجوز التصرف فى الحق الثابت للفرد الا اذا كان بدون الخلال بالصالح الاجتماعى أو بالنظام العام (٦٥) ، ومن هذا المنطلق كانت حياة الميئوس من علاجه وسلامة جسمه محل حماية فى كل من الشريعة الاسلامية والقانون الوضعى ، بل المحافظة عليهما ضرورة شرعية وقانونية ، لأن المحافظة على حياته تعنى المحافظة على هذه الحقوق بطريق التبعية واللزوم ، ولو لم يقم بأدائها فى المجتمع لوجود مانعه المرضى لأن مجرد المحافظة على حياته — كما سبق القول — يمثل

---

(٦٢) انظر المدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الاسلامية ص ٣٩٣ ط دار السعادة د٠ عبد الناصر توفيق العطار ، أستاذنا د٠سامح السيد جاد فى العفو عن العقوبة فى الفقه الاسلامى والقانون الوضعى ص ١٣ ، ٥٢ ٠

(٦٣) انظر د٠ محمود نجيب حسنى — الحق فى سلامة الجسم ومدى الحماية التى يكفلها له قانون العقوبات ص ٥٦٦ — مجلة القانون والاقتصاد العدد الثالث ١٩٥٩م ٠

(٦٤) انظر : أستاذنا د٠ حسنين عبيد — فكرة المصلحة فى قانون العقوبات المجلة الجنائية القومية عدد مارس ١٩٧٨ ص ٣٩ ٠

(٦٥) د٠ على بدوى — القانون الجنائى ص ٣٨٣ ٠

ضرورة شرعية وقانونية ، ومن هنا كان أى إعتداء عليه محلا للمساءلة الجنائية فى كل من الشريعة والقانون كما سيتضح لنا فيما بعد .

ثانيا : بالنسبة للمشوه خلقيا :

أما بالنسبة للمشوه خلقيا فانه وان كان لم يمنحه الله نصيبا وافرا من الصحة والتقويم الانسانى السوى على وفق سنن الله فى خلقه من البشر ، الا أن شأنه فى كونه محلا للحقوق المتعلقة بالغير شأن الميئوس من علاجه بل شأنه شأن أى شخص آخر ممن هم سوى الخلقة ، فهو ناط للحقوق الاجتماعية والتكاليف الشرعية المقررة فى الاطار الشرعى والقانونى ، ويجب عليه القيام بها أيا كان مجالسها الوظائف الاجتماعية أو التعبدية ، أى سواء كان مجالسها شرعيا أو قانونيا(٦٦)، وارتباطه بهذه الحقوق وخاصة المتعلقة بالغير بالاضافة الى حقوقه الشخصية كان منطلقا لجعله مناطا الحماية القانونية بالنسبة لحياته وسلامة جسمه ، فالتشويه الخلقى أو البدنى الذى لحق بالشخص لا تتأثر به الوظيفة الاجتماعية أو التعبدية للشخص الا فى الحدود التى تعوقه عن ممارسة هذه المهام الوظيفية وبالقدر الذى لا يستطيع فيه القيام بالحقوق المنوطة به ، لأنه ليس كل ما يلحق بالانسان من وهن أو ضعف يكون الشخص مسئولا عنه دائما(٦٧) ، وخاصة اذا كانت من الصفات الفطرية أو الخلقية التى وجد عليها ولا ذنب له فيها مما هى تدخله فى دائرة المشوهين خلقيا(٦٨) ، لذلك كان وجه

---

(٦٦) انظر فى ذلك : مضمون المعطيات الشرعية والقانونية بالنسبة للميئوس من علاجه المشار اليها آنفا والمراجع المشار اليها فى هذا الصدد
(٦٧) انظر : الطب والمجتمع ص ٤٣ المشار اليه آنفا .
(٦٨) انظر فى ذلك : قواعد الأحكام للامام العز بن عبد السلام جـ ١ ص ١٣٨ .

المشروعية فى العمل الطبى الذى يصلح من مظهره ونفسيته بالصورة أو بالقدر الذى تخفف به من حالات اليأس التى تلحق به ضررا بقيمته الشخصية والاجتماعية(٦٩) وما قد يكون له من أثر على القيام بمهامه الوظيفية الشرعية والقانونية فى هذا الصدد وما يترتب عليه من اهدار حقوق الغير التى هى محافظ عليها شرعا والتى فى مقدمتها حق الله تعالى(٧٠) ومن هنا كان وجه النهى عن قتل النفس والالقاء بها فى التهلكة لقوله « ولا تقتلوا أنفسكم » (٧١) « ولا تلقوا بأيديكم الى التهلكة »(٧٢) حتى يتمكن من القيام بهذه الحقوق أيا كانت طبيعتها شرعية أو اجتماعية أو قانونية ، لأن أى مساس بمستوى الوظيفة الاجتماعية للشخص يجعل التصرف خارجا عن دائرة الشرعية القانونية(٧٣) .

---

(٦٩) انظر فى ذلك :

PARANT : de la responsabilité des chirurigiens en matière de soins esthitique Th. (1932), p. 167.

مشار اليه فى الحق فى سلامة الجسم ص ٤٩٩ .

(٧٠) انظر قواعد الأحكام جـ ١ ص ١٦٧ ، نظرية الضرورة الشرعية د. وهبة الزحيلى ص ٧٠ ط ٣ .

(٧١) سورة النساء الآية ٢٩ .

(٧٢) سورة البقرة الآية ١٩٤ ، وانظر أيضا تفسير روح المعانى للألوسى جـ ٥ ص ١٦ .

(٧٣) انظر فى فكرة الوظيفة الاجتماعية ودورها فى الوفاء بهذه الحقوق أ.د. محمود نجيب حسنى ــ الحق فى سلامة الجسم ــ ص ٥٦٦ وما بعدها .

الفصـــل الأول

نطاق الحماية الجنائية للميئوس من علاجهم والمشوهين خلقيا

تمهـــيد :

لما كان الميئوس من علاجه والمشوه خلقيا محل اعتبار من الوجهة الشرعية والقانونية نظرا للاعتبارات المتعلقة به من حيث كونه محـــلا للحقوق والواجبات الشرعية والقانونية شـــأنهما فى ذلك شأن أى فرد آخر فى المجتمع ، فانهما أيضا محل اعتبار فيما يتعلق بنطاق الحمـــاية الجنائية من الوجهتين الشرعية والقانونية من حيث حياتهم وســـلامة أجسادهم شأنهم فى ذلك شأن غيرهم ممن هم محل للحماية الجنـــائية من أفراد المجتمع ، واعمالا لهذا النطاق من الحماية الجنـــائية ، كان تجريم أى اعتـــداء من شأنه النيل من حيـــاة الميئوس من عـــلاجه أو المشوه خلقيا أو من سلامة أجسامهم فى كل من الشريعة الاسلامية والقانون الوضعى(١) •

ولما كان الاعتداء الواقع على كل من الميئوس من علاجه والمشوه خلقيا تحكمـــه اعتبارات خاصـــة تختلف فى طبيعتها عن الاعتبـــارات المتعلقة بالاعتداءات الأخرى الواقعة على غيرهم ، كان لهذا الاعتداء طبيعته الخاصة التى تمليها عليه الاعتبارات التى قد ترجع فى مجملها

---

(١) وانظر فى نطاق هذه الحماية بوجه عام :
مدى حق الانسان فى سلامة أعضائه فى الشريعة الاسلامية والقانون الوضعى د• محمد زين العابدين طاهر ـ بحث ماجســـتير ســـنة ١٩٨٢ ص ١٣٨ وما بعدها وأيضا : الحماية الجنائية للحق فى سلامة الجسم د• محمد سامى السيد ص ٢٣٣ وما بعدها •

اما الى حسن النية ، أو إلى بعض الاعتبارات الأخرى الاجتماعية والأدبية أو الأخلاقية أو الطبية وسوف نتعرض لصور هذا النوع من الاعتداء الواقع على كل من الميئوس من علاجه أو المشوه خلقيا ، فنتعرض أولا للاعتداء الواقع على الميئوس من علاجه ثم للاعتداء الواقع على المشوه خلقيا فى هذا الفصل وذلك على الوجه التالى :

المبحث الأول

طبيعة الاعتداء على الميئوس من علاجه ونطاق الحماية الجنائية

« قتل الرحمة ، أو القتل اشفاقا »

قتل الرحمة أو القتل اشفاقا يعنى ، ذلك الموت الرحيم الذى يخلص مريضا ميئوسا منه من آلامه(٢) أى ان قتل الرحمة أو القتل اشفاقا ، هو نوع من القتل يرتكبه شخص ما ويقوم فيه بازهاق روح شخص بدافع الشفقة أو الرحمة لتخليصه من آلام مبرحة من مرض ميئوس من شفائه ، أو بمعنى آخر يعنى . فعلا ايجابيا أو سلبيا ينهى آلام مريض لا يرجى شفاؤه بالقضاء عليه رحمة به فقتل الرحمة: هو نوع من الاعتداء على حياة شخص يعانى من مرض عضال ميئوس من شفائه يقوم به شخص ما قد يكون طبيبا أو غيره لانهاء حياة هذا الشخص من منطلق الشفقة والرحمة تخليصا له من الآلام مبرحة استجابة لتوسلاته بعد أن يئس معه أهل الطب وتركه فى حالة يرثى له ، ومن هذا المنطلق كان وجه تسمية هذا النوع من القتل « بقتل الرحمة » أو « القتل إشفاقا » استيحاء من طبيعته ، وقد عرف فى

---

(٢) انظر :

R. MERLE et A. VITA : traité de droit criminal 2e. ed. 1973 NOS A 06.

مشار اليه د. أحمد شرف الدين فى البحث السابق .

عالم الطب والفقه القانونى بالأوتانازيا (٣) . أى القتل بدافع الشفقة أو الموت الهادىء بدون آلام ، أو الموت الطيب ، وأصبح هذا النوع من القتل يعنى فى مفهوم العالم المعاصر بصورة مبسطة « التعجيل بالموت » .

وهذا النوع من القتل الذى يرتكبه الفاعل مع المريض الميئوس من حياته تحت دافع الشفقة أو الرحمة أصبح محل اهتمام كبير لدى كل من الفقه والقضاء الوضعيين على السواء من ناحية ، ولدى فقه الشريعة الإسلامية من ناحية أخرى ، خاصة وأن مثل هذه الحالات تحكمها بعض الاعتبارات الأخلاقية والطبية من ناحية ، والقانونية والشرعية من ناحية أخرى ، فالشخص العادى الذى يرى ملهوفا يتلوى من مرض عضال ويستغيث به من آلام لا يتحملها فى الوقت الذى لا يجد له من يخفف عنه وطأة هذا الألم من المرض الميئوس من علاجه الذى ينحو به نحو الموت تأبى عليه أخلاقياته ومبادؤه أن يراه يتلوى وهو على هذه الحالة وهو فى طريقه الى نهايته المحتومة دون أن يلبى استغاثته وتوسلاته لتقديم يد العون له فى الخلاص من عذاب هذا الألم واراحته منه ، وكذلك أيضا الطبيب الذى استنفد مع مريضه كل سبل العلاج فى الوقت الراهن ، وفى نفس الوقت الذى يقدم اليه المريض

---

(٣) وقد عرفها البعض بأنها ظاهرة لا تتضمن شيئا استثنائيا . فهى الموت الطيب وهى اطفاء شعلة الحياة بصورة سريعة أو بطيئة دون آلام فى نهاية الشيوخ الذين ينطفئون وهى موت كثير من غيرهم فمن أصيبوا باصابات تستهلكهم ببطىء فى أيام أو ساعات ، ثم هى الموت المفاجىء . راجع ذلك نقلا عن (ليبنزى) فى دراسات معمقة فى الفقه الجنائى المقارن د. عبد الوهاب حومد ص ٣٠١ ط ١٩٨٣ ، بحث متخصص له أيضا بعنوان « القتل بدافع الشفقة » منشور بمجلة عالم الفكر عدد ٣ ص ١٥ ١٩٧٣م وانظر فى اطلاق هذه التسمية « الأوتانازيا » أيضا :
P. BOUZAT et J. PINATEL : Traité de droit pénal et de criminologie. P. 317 To. I (1970).

توسلاته واستغاثته ليريحه من هـذه الآلام والعذاب الذى فاق قدراته البدنية والنفسية فى تحمله وفى ذات الوقت الذى يعلـم الطبيب أنه يهوى به المرض الى نهايته المحتومة هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى أن هذه الاعتبارات التى تحيط بكل من الشخص العـادى أو الطبيب المعالج أو أى أحد من الأقرباء وتحمله على اتخاذ موقف تجـاه ذلك المريض وهو يتلوى ويتوسل ويستغيث ، هذه الاعتبارات الأخلاقيـة تصطدم مع الاعتبارات القانونية والشرعية التى تجعل الاقدام على مثل هذا العمل ولو كان الباعث عليه ، اراحتـه من تلك الآلام المبرحة جريمة شرعيـة وقانونية وتقـع بفاعله ــ ولو كان طبيبا ــ فى اطار المسئولية الجنائية لجرائم القتل العمد فى كل من الشريعة والقانون . كما سوف يتضح بعد قليل(٤) .

من هذا المنطلق كان قتل الرحمة أو القتل اشفاقا محل تردد بين علماء الطب والأخلاق من ناحية وبين رجال الفقه القانونى(٥) وفقـه الشريعة الاسلامية من ناحية أخرى(٦) فى اطار الشرعية من عدمه .

ومن أشـهر الوقائع التى حدثت فى مجال قتل الرحمة أو القتل اشفاقا وكان لها صداها فى عالم الفقه الشرعى والقـانونى بل والطب أيضا ما يلى :

---

(٤) وسوف نشير الى ذلك فى الفصل الخاص بالمسئولية الجنائية والمدنية الخاص بهذا النوع من القتل .

(٥) انظر هذه الاتجاهات وأدلتهـا القانونيـة والأخلاقية والطبية تفصيلا فى دراسات معمقة فى الفقه الجنائى المقارن د. عبد الوهاب حومد. ص ٣١٤ وما بعدها ط ١٩٨٣ ، الموسوعة الطبية الحديثة جـ ٢ ص ٢٣٤.

(٦) وذلك من حيث اعتبار الاذن من المريض فى ذلك سببا فى عدم توقيع العقوبة المقررة شرعا فى هذا الصدد واعتباره شبهة دارئة للحد .

أولا : فى عام ١٩١٢ قتل أحد وكلاء النيابة الفرنسيين زوجته المصابة بشلل نصفى ناشىء عن اصابة « دماغية » وأثناء سؤاله عن هذا السبب قال : انه قام بواجبه تجاه زوجته التى كانت تعانى آلاما لا تطاق وقد برأته المحكمة بعد عرض القضية عليها .

ثانيا : فى عام ١٩٢٥ قتلت فتاة تدعى « آيمنسكا » خطيبها الذى كان مصابا بالسرطان ، وأجريت له عملية جراحية ، ونقل دم ، ولكن الآلام التى ظل يعانيها كانت آلاما لا تحتمل فراح يتوسل اليها بصورة ملحة لتنهى آلامه ، فضعفت ارادتها أمامه واستجابت لطلبه وحقنته بكمية كبيرة من « المورفين » ، ثم أدخلت فوهة مسدس فى فمه وأطلقت النار فوجد الراحة فى أحضان فتاته ، وقد برأتها المحكمة أيضا .

ثالثا : فى عام ١٩٣٠ قتل شخص اسمه « ريساركورنت » أمه المصابة بالسرطان وبرأته المحكمة أيضا(٧) . وغير ذلك من الوقائع التى حدثت أو تصادفنا حينا بعد حين فى هذا الصدد . واذا كان الأمر كذلك فما هو حكم هذا القتل ؟

أولا : فى القانون :

الواقع أنه على الرغم من أن قتل المرحمة أو القتل اشفاقا قد تمليه على الانسان بعض الاعتبارات الأخلاقية فى بعض الأحوال مما جعله محل تردد كبير بين الفلاسفة والأطباء وفقهاء القانون فى

---

(٧) انظر عرض هذه الوقائع وغيرها فى البحث الخاص بهذا الموضوع للدكتور عبد الوهاب حومد ـ بعنوان « القتل بدافع الشفقة » ص ١٥ وما بعدها . والمشار اليه آنفا .

إطار المشروعية من عدمه ، وظهور بعض الجمعيات المنظمة لهذا النوع من القتل كجمعيات الموت الجميل أو الموت الهادىء(٨) ، على الرغم من ذلك ، الا أن هناك من الاعتبارات الدينيـــة والأخلاقية والطبيـــة أيضا والقانونية ما تكون مبررا قويا فى ترجيح جانب عدم المشروعية فى هذا الصدد عما هو دونه •

ومن هذا المنطلق فان الفقه القانونى يكاد يجمع على أن الاقدام على هذا الفعل يعتبر جريمة كاملة ويسأل مرتكبها عن قتل عمد(٩) ،

---

(٨) وهذه الجمعيات كانت محل اعتبار كبير فى مجال نقل الأعضاء البشرية باعتبارها مصدرا هاما من مصادر الحصول على الأعضاء البشرية فى بعض الأحوال خاصـــة من الذين يرغبـــون فى الاقدام على الانتحـــار والتبرع بأعضائهم للمرضى مشاركة منهم فى الأعمال الانسانية وان كانت هذه الجمعيات غير مشروعة لمـــا تتضمنه من ارتكاب جرائم القتل فى حق الأشخاص تحت حجة وستار الموت الخيرى أو الكريم •

(٩) انظر د/ محمـــود نجيب حسنى ـ القســـم الخاص ص ٣٢٢ ط ١٩٨٨ ، ط ١٩٧٨ ص١٣ ، د/ فتحى سرور ـ القسم الخاص ص٥٣١ د/ عبد الوهاب حومد ـ دراسات معمقة فى الفقه الجنائى المقارن ص٣٢٩ ـ ١٩٨٣ ، د/ عوض محمد ـ جـــرائم الاشــــخاص والأمـــوال ص ١١ ، د/ محمد زكى أبو عامر ـ القسم الخاص ص٣٩٧ وما بعـــدها ١٩٧٧ ، د/ احمد شرف الدين ـ البحث السابق ص٤٥٨ ، د/ صبحى نجـــم ـ رضاء المجنى عليه ص٢٦٥ ، عقد العلاج الطبى د/ محمد السعيد رشدى ص١٢٣ ، القانون الجنائى والطب الحديث ص١٩١

P. BOUZAT et PINATEL : op. cit. p. 377 et s., A. FAHMY ABDOU : le consentement de la victime P. 410 Paris (1971).

وانظر نقض ١٩٧٠/٤/٢٠ مجموعة أحكـــام النقض القضية ١٤٨ ص٦٢٦ أشار اليه د/ زكى أبو عامر المرجع الســـابق نفس الموضـــوع بالهامش •

ويؤيده فى ذلك القضاء أيضا ، لأنه وان كان الباعث أو الدافع على ذلك نبيلا مرجعه الى دافع الشفقة والرحمة بالمجنى عليه الا أن هذا الدافع لا يعد مبررا لرفع الصفة التجريمية عن الفعل أو الدخول به فى اطار الشرعية ، وبالتالى فى نفى المسئولية الجنائية عن المتهم ولو كان ذلك برضاء المريض الميئوس من علاجه(١٠) اذ ليس رضاؤه محل اعتبار فى هذا الصدد ، لأن حياته ـ كما سبق القول ـ هى ليست حقا له بقدر ما هى حق للمجتمع ، والقانون حينما يسبغ حمايته على الشخص انما يحمى حياته بغض النظر عن حيوية جسمه أو الحالة الصحية له،ولا تتأثر الحماية القانونية للحياة بخصائصها الفسيولوجية أو النفسية أو الاجتماعية ، واليائس من الحياة الذى حاول من قبل الانتحار أو المريض الذى يعانى من مرض خطير يحميه القانون حمايته لصحيح البدن ، فلا عبرة بمقدار شعور المجنى عليه بحياته أو استمتاعه بها(١١) • وهو ما أقره الطب أخيرا(١٢) ، وقررته الاتفاقات الدولية من خلال الاعلان العالمى لحقوق الانسان(١٣) ، وتستمد هذا النطاق من الحماية الجنائية مع المريض الميئوس من علاجه ولو كان يسعى اليه الموت بحيث يمكن القول معه بأنه هالك لا محالة(١٤) ، كما يمتد أيضا هذا النطاق من الحماية الجنائية الميئوس من علاجه الى تجريم

---

(١٠) انظر المراجع السابقة ، د/ جلال ثروت ـ القسم الخاص (جرائم الاشخاص) ص٤٥ ط١٩٨٠ د/ عبد الرحيم صدقى ـ الوجيز فى قانون العقوبات الخاص ص٦٧ ، ٨٣ ، ١٩٨٥ •

(١١) د/ محمود نجيب حسنى القسم الخاص ص٣٢٢ ط ١٩٨٨ •

(١٢) الموسوعة الطبية الحديثة جـ ٢ ص٢٣٥ •

(١٣) انظر فى ذلك تفصيلا ـ د/ محمد سامى السيد ـ الحماية الجنائية للحق فى سلامة الجسم ص٤١ وما بعدها •

(١٤) د/ عوض محمد ـ جرائم الأشخاص والأموال ص١٠٣ ط١٩٧٢ •

العبث بجسم أو بأعضائه أو المساس بها في مجال النقل والزرع للأعضاء شأنه في ذلك شأن الصحيح المعافى ، فكما لا يجوز الاعتداء على الصحيح المعافى في غير اطار الشرعية لنقل عضوه — أى فى حالة عدم توافر الضمانات الطبية والقانونية الواجب توافرها لمشروعية نقل العضو — فكذلك أيضا لا يجوز الاعتداء على المريض الميئوس من علاجه أو حايته للحصول على عضو منه لانقاذ الغير أيا كانت طبيعته منفردا « كالقلب » أو مزدوجا « كالكلى »(١٥) ، ولا يتم ذلك الا فى الاطار الشرعى وبموافقته متى كان ذلك لا يؤدى الى اهدار حياته أو القدر المتبقى له من سلامة الجسم(١٦) ، كما يمتد أيضا هذا النطاق من الحماية الجنائية للميئوس من علاجه الى تجريم كونه محلا للتجارب العلمية فى غير الحدود التى تجيز ذلك(١٧) وكان برضائه ٠

ثانيا : فى الشريعة الاسلامية :

أما فى الشريعة الاسلامية فانه اذا كان الفقه والقانون الوضعيين قد جرما الاعتداء على الغير حتى ولو كان هذا الغير ميئوسا من حياته فان ذلك لم يكن الا استهداء بما قررته الشريعة الاسلامية فى هذا الصدد ، فقد جرمت الشريعة هذا الفعل وذلك من منطلقين :

---

(١٥) انظر فى ذلك : رسالتنا الخاصة بنطاق الحماية الجنائية لعمليات زرع الأعضاء جـ ٢ ص٥١٢ ٠

(١٦) انظر فى حدود الشرعية لذلك : دروس فى قانون العقوبات (القسم الخاص) ص٢٦ ، ٢٧ د/ محمد زين العابدين ص٨٨ مقرره على طلاب كلية الشريعة والقانون بأسيوط ٠

(١٧) راجع فى ذلك الحماية الجنائية للحق فى سلامة الجسم — ص٤٨٣ ، ٤٩٥ ومابعدها ، وانظر المادة ٤٣ من الدستور المصرى ، الطب الشرعى والبوليس الفنى الجنائى د/ يحيى شريف ص٢٤ ٠

الأول : انه أى الميئوس من حياته محل لحماية المشرع والحفاظ عليه انما هو ضرورة من الضروريات الشرعية •

والثانى:أنه محمل — كما سبق القول(١٨) — بالحقوق والتكاليف الشرعية والواجب المحافظة عليها شرعا ، ومن الاعتداء عليه باهدار حياته يعنى اهدار هذه الحقوق وهو أمر محرم شرعا ، حتى ولو كان قد رضى هو بذلك لأن رضاءه غير معتبر شرعا ، لأنه اذا كان قد ثبت له الحق فى حياته فان هذا الحق مشـــترك بينه وبين الله ، فما من حق الا وفيه حق الله(١٩) ، وحق الله لا يسقط باسقاط العبد له(٢٠) ، اذ ليس كل حق له اسقاطه(٢١) ، هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى، أن نطاق الحماية الجنائية الذى منحه المشرع له انما يمتد اليـــه ولو ظهرت به الأمارات القاتلة فى مرض الميئوس من حياته(٢٢) ، أى ولو كان المرض ينحو به نحو الموت اذ ليس اماتة الله لعبده مثل قتـــل المخلوق له(٢٣) ، ومن هنا قال بعض الفقهاء ان من قتل انسانا يجود بنفسه للموت فانه يضمنه(٢٤) ، ولذلك فان المشرع من أجل المحافظة عليه أباح له التداوى والعلاج ولو كان بمحرم فى الأصل(٢٥) ، أو كان عن طريق نقل عضو له من الغير متى توقف على ذلك انقاذ حياته متى

---

(١٨) انضر ذلك فى المبحث الخـــاص بالمعطيـــات الطبية والشرعيه والقانونية (المطلب الثانى) •

(١٩) انظر فى ذلك ، قواعد الأحكام ج ١ ص١٦٧ •

(٢٠) انظر : الفروق للقرافى ج ١ ص١٤٢ ط بالاوفسبت •

(٢١) الموافقات للشاطبى ج ٢ ص٣٢٢ ط حديثة (محققه) •

(٢٢) انظر : فى هذه الامارات طب الرازى ص٣٥٦ وما بعـــدها ، د/ الزحيلى نظرية الفزدرة الشرعية ص١٨١ •

(٢٣) مفتاح دار السعادة لابن القيم ص٤١٥ ط ٢ •

(٢٤) المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص٥١٨ •

(٢٥) انظر بحث الماجستير

كان ذلك فى اطار الحدود الشرعية(٢٦) ، كما يمتد نطاق حماية المشرع له الى تحريم كل ما من شأنه النيل من سلامه جســمه أو حياته ولو كان ذلك بهدف اجراء التجارب العلمية عليه لان النفس والعضو لهما من الحرمة(٢٧) ما يتأى بهما عن جعلهما محلا لذلك ، وان كانت الأعضاء أو الأطراف ليست كعظم النفس فى الحــرمة(٢٨) ، أو كان باعتبـاره مصدرا للحصول على عضو منه لزرعه فى آخر وانقاذ حيـاته كالقلب أو غيره اذا أدى الى وفاته لأن ذلك يعتبر قتلا له(٢٩) اذ القتل هو فعل مزهق الروح(٣٠) يوجب القصاص ، وبوجه عام يمكن القول بأن الشريعة الاسلامية أضفت نطاقا كبيرا من الحماية الجنائية على الميئوس من حياته ، واعتبرت أن أى اعتداء على شــخص ولو كان مريضـا ميئوسا من علاجه أو حياته بقصد ازهاق روحه ولو كان بدافع الرحمة أو الشفقة عليه استجابة لتوسلاته والحــاحه فى ذلك هو أمر مجــرم شرعا وليس لرضائه اعتبار فى اباحة هذا الفعل(٣١) ، فكم من نفوس بريئة تزهق باسم الرحمة(٣٢) .

---

(٢٦) انظر : رسالتنا السالفة الذكر والخاصة بنطــاق الحمـايه الجنائية لعمليات النقل والزرع للأعضاء جـ ١ ص١٤٠ .

(٢٧) كشف الأسرار للبزدوى جـ ٣ ص٩٦ ط بيروت (بتصرف) .

(٢٨) المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص٤٠٤ .

(٢٩) الرسالة السالفة الذكر جـ ٢ ص٥٠٢ .

(٣٠) شرح العناية على الهداية للبابركى جـ ١ ص٢٥٢ ط أولى .

(٣١) وان كان له أثر فيما يتعلق بوقف تطبيق العقوبة على الفاعل باعتبار أن هذا الطلب الرضاء يمثل اذنا تقوم به الشبهة الدارئة للحد .

(٣٢) انظر الفتوى الشرعية الصــادرة من كلية الحقــوق والشريعة جامعة الكويت بصدد بيان حكم تعجيل الطبيب بحيــاة المريض الميئوس من حياته والمشوهين خلقيا منشورة بنصها فى : دراسات معمقة فى الفقه الجنائى المقارن د/ عبد الوهاب حومد ص٣٢٠ وما بعدها .

أما فيما يتعلق بالمسئولية الجنائية :

فانه اذا كان الاعتداء على الميئوس من علاجه أو حياته يمثل جريمة كاملة فى الاطار الشرعى والقانونى ولو كان تحت دافع الشفقة أو الرحمة ، فانه اعمالا للأحكام القانونية والشرعية فى هذا الصدد يكون القائم بذلك مسئولا مسئولية جنائية عن جريمة قتل — كما سبق القول ، أيا كان الفاعل طبيبا أو غيره ولا يبرر ذلك وجود الدافع الانسانى لديه أو حسن الباعث لدى الطبيب أو غيره ، لأن حسن الباعث أو الدافع ليس محل اعتبار فى تقرير المسئولية الجنائية للطبيب أو غيره ، فى المجال الشرعى أو القانونى(٣٣) ، ولا يجوز للطبيب أو غيره الاحتجاج به فى هذا المجال ، بل يجب على الطبيب القيام بواجبه تجاه مريضه ويعطيه من فنه أعلى مستوى علاجى يشفى مرضه أو يخفف من آلامه ، وأن يستخدم درايته الفنية وما تعلمه أثناء دراسته ، وما ثبت فى المراجع وما اتفق عليه العرف الطبى من علاج بكل حذق وعناية ، وأى خطأ أو اهمال ، أو تقصير من الطبيب فى مجال العلاج مع المريض أيا كانت طبيعة الخطأ أو التقصير على خلاف ما تقتضيه طبيعة مهنته وأصولها يكون موجبا للمسئولية القانونية

---

(٣٣) وان كان حسن الباعث أو نبل الدافع يكون له أثره فيما يتعلق بتخفيف العقوبة وذلك طبقا للمادة ١٧ ع ، كما أن اذن المريض للطبيب أو غيره بالقتل يمثل شبهه دائرة للحد — كما سبق القول — وذلك فى المجال الشرعى انظر فى ذلك : بدائع الصنائع ج ١٠ ص٤٦٢٣ ط (الامام) ، مغنى المحتاج ج ٤ ص٥٠ ط بيروت حاشية الدسوقى ج ٤ ص٢١٣ ط بيروت ، المغنى لابن قدامة ج ٩ ص٤٧٠ ط بيروت .

(★) انظر : الطب الشرعى والبوليس الفنى الجنائى ج ٢ ص٦٣ ط ١٩٥٨ مشار اليه آنفا .

والطبية(٣٤) من ناحية ، والشرعية(٣٥) من ناحية أخرى،لأن الطبيب

---

(٣٤) انظر المراجع المشار اليها سـابقا عند تقرير عدم مشروعية الاقدام على الميئوس من علاجه وايضا د/ محمود مصطفى مسئولية الأطباء والجراحين الجنائية ـ مقالة منشورة بمجلة القانون والاقتصاد عدد ٧٨ ص٢٩٣ ، د/ عبد الوهاب حومد ـ دراسات معمقة فى الفقه الجنـائى ص٢٦١ ، د/ فتحى سرور ـ القسم العام ص٤٨٩ ط ١٩٧٢ د/ مأمون سلامة ـ القسم العام ص٢٣٨ ط ١٩٧٩ ، المسئولية الجنائية للأطبـاء د/ أسامة فايد ص٢٧٤ ، ٣١٢ وما بعدها ، د/ أبو اليزيد على المتيت / جرائم الاهمال ص١٩٨ ط ٢ ، الحماية الجنائية للحق فى سلامة الجسم ص٣٦٦ وفى الفقه المدنى انظـر د/ حسن زكى الابراشى ـ لمسئولية الأطباء والجراحين المدنية ص١٤٠ ط ١٩٥١ ، المسئولية الطبية د/ محمد حسين منصور ص١٧ (منشأة المعارف بالاسكندرية) د/ حسين عامر / المسئولية المدنية والتقصيرية ص٩٧ ط ١٩٧٩ وفى تفويت فرصة الشفاء على المريض د/ محمد حسين منصور ص١١١ ٠

وفى المجال الطبى : انظـر : الطب الشرعى فى مصر د/ سـدنى سـميث جـ ١ص ٢٩ ، جـ ٢ ص٢٣ ، الطب الشرعى النظـرى والعملى د/ محمد عبد العزيز سيف النصر ص١٢ ، ١٥ ، ١٩٥١ ، الطب الشرعى والبوليس الفنى الجنائى ص٢٣ وما بعدها وأيضا ٠

Dr. ALY ABD EL-NABY : Fron. and Mem. and Tox. P. 129.

الموسوعة الطبية الحديثة جـ ٢ ص٢٣٤ ٠

(٣٥) انظر فى الفقه الشرعى فى خطأ الطيب : الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٢٨٩ ط ١٣٧٨هـ ، الأم للشافعى جـ ٢ ص٤٥١ (ط دار الشعب) ، مواهب الجليل للحطـاب جـ ٦ ص٣٢١ ، ط بيروت ، بداية المجتهـد جـ ٢ ص٤٥١ ط ٤ ، المغنى والشرح الـكبير جـ ٩ ص٣٢٦ ط بيروت ، كشاف القناع جـ ٥ ص٥٠٨ ط ١٤٠٢هـ ، حاشية الطحطـاوى جـ ٤ ص٢٧٦ ط ٢ وفى الطب الاسلامى : القانون فى الطب لابن سـينا جـ ١ ص٢١٧ ، مقال الشيخ احمد ابراهيـم ـ مسئولية الاطبـاء مجلة الأزهر المجلد ١٩ ص٩٠٩ ، الأحكام الشرعية للأعمـال الطبية د/ احمد شرف الدين ص٨٤ ط ٢ ٠

اذا جهل أصول الطب أو قصر فى المعالجة حتى مات المريض بسبب ذلك فانه يضمنه(٣٦) ، أو فوت فرصة الشفاء عليه (٣٧) ، ولا يجوز للطبيب أن يوقف أجهزة الانعاش الصناعى التى يرقد تحتها المريض طالما كانت أنسجة المخ تعمل أيا كانت الاعتبارات التى تحمل الطبيب الا اذا كان قد توقفت أنسجة مخ المريض عن العمل فانه يجوز للطبيب حينئذ ايقاف الجهاز الذى يرقد تحته المريض الميئوس من علاجه ولو كانت أعضاؤه لازالت تنبض بقوة الاحتراق الذاتى ، لأن ابقاء الجهاز فى هذه لا يعدو عن كونه اطالة لحياة صناعية لحالة الاحتضار ، لأن الموت اذا ألم بانسان زال ما كان له فى الحياة من حق وزال تبعا ما كان يضفيه القانون عليه من حماية(٣٨) ، أما قبل موت المخ فلا يجوز وقف الجهاز بأى حال من الأحوال متى كان يؤدى الى وفاته ولو كان بدافع الشفقة عليه أو الرحمة به ، لأن دور الطبيب يكمن أساسا فى المحافظة على حياة الشخص وليس فى اطفاء شعلة حياته(٣٩) ، هذا من ناحية ومن ناحية أخرى ، ان عدم مشروعية قتل الرحمة ، أو القتل اشفاقا فيه ضمانة كبيرة للأطباء ، اذ يحمى الأطباء من الوقوع تحت أى ضغط أيا كان مصدره ونفى أى استجابة لذلك اعتمادا أو استنادا الى عدم المشروعية ، والقول بغير ذلك من شأنه أن يجعل ممارسة هذا

---

(٣٦) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج ٤ ص٣١٥ .

(٣٧) د/ محمد حسين منصور ـ المسئولية الطبية ص١١١ .

(٣٨) د/ عوض محمد ـ المرجع السابق ص٤٣ ، ١٢٦ .

(٣٩) د/ احمد شرف الدين / الحدود الانسانية والقانونية للانعاش الصناعى ص ٤٦٠ ، ٤٧٥ المجلة الجنائية عدد ٣ الأحكام الشرعية للأعمال الطبية ص١٨٠ انظر تفصيلا رسالتنا السالفة الذكر ج ٢ ص٤٣٥ المبحث الخاص بامتداد الحياة بطريقة الانعاش الصناعى .

النوع من القتل تحت التستر على جرائم حقيقية واقعة تحت سطوة أحكام كل من الشريعة والقانون واتخاذه ذريعة لذلك ، بالاضافة الى أن الدين والاخلاق وحق الثقة فى الطبيب وأمانة المهنة نفسها تمنع الاطباء من اللجوء الى ذلك وذلك من منطلق الوظيفة الاجتماعية للطبيب التى تكمن أساسا فى المحافظة على حياة المريض بدلا من اهدارها كما سبق القول .

المبحث الثانى

الاعتداء على المشوهين خلقيا ونطاق الحماية الجنائية

اذا كان نطاق الحماية الجنائية للميئوس من حياته يشمل حياته وسلامة جسمه فى القدر المتبقى له من السلامة الجسدية أو البدنية فى الحيوية العضوية ، فان هذا النطاق يمتد بطبيعته الى المشوه خلقيا وشأنه فى ذلك شأن أى فرد آخر فى المجتمع ، فلا فرق فى ذلك بين ما كان مشوه الخلقة أو مستوى الخلقة ، ولا بين ناقص الخلقة أو كاملها فالكل محل للحماية الجنائية .

ووجه الحرج فى هذه المسألة :

يأتى من منطلق الاعتبارات المختلفة التى تكون دافعا فى بعض الأحوال على الاعتداء على مثل هؤلاء ، اذ أن قتل المشوهين خلقيا يأتى فى معظم الحالات على يد أقرب الناس اليهم وأحناهم عليهم كالأم والأب ، وقد يملى الوالدان رغبتهما فى الخلاص منه لطبيب فيقوم هو بذلك ، ومما لاشك فيه أن هذه الرغبة التى تدفع أقرب الناس للقضاء عليهم والتخلص منهم قد ترجع فى كثير من الأحوال الى غريزة الرحمة المتأصلة فى نفوسهم ، وخوفهم من التعب الناشىء الدائم الذى

سيتسببون لهم به من ناحية ، والاعتبارات الاجتماعية التى ترجع الى ما يظن الوالدان أنهم سوف يعيشون تعساء فى المجتمع ، وقد يكون مرجعه الى خشية السخرية أو الاستهزاء به (٤٠) من بعض أفراد المجتمع ، وقد يكون ذلك مرجعه الى بعض الدوافع الشخصية كخجل الأبوين من مواجهة الناس بمولودهم الغريب أو الرغبة فى تجنب نفقات العلاج طيلة حياته بالاضافة الى مؤنة الرعاية ، فهذه الاعتبارات الاجتماعية والاقتصادية والأدبية كانت مناطا لوجه الحرج فى هذه المسألة ، ولكن أيا كانت الأسباب أو الاعتبارات . هل تصلح مبررا فى شرعية الاقدام على قتل المشوهين خلقيا فى هذا الصدد أو العبث بهم ؟ وعلاقة ذلك بالمصلحة الاجتماعية أو حق المجتمع .

أولا : فى الفقه القانونى :

مما لاشك فيه أنه — كما سبق القول — أن نطاق الحماية الجنائية فى الحياة وسلامة الجسم يمتد الى المشوهين خلقيا أيا كانت درجة التشويه أو العيب الخلقى الذى لحقه مادام لم يخرج به عن عداد الآدميين ، وشأنه فى هذا النطاق من الحماية شأن مستوى الخلقة وكامليها ، اذ الكل محل للحماية الجنائية فالقانون لا يفرق بين قتل هذا أو ذاك ، فكل وليد جدير بحماية القانون بغض النظر عن مدى حظه من استواء الهيئة واكتمال الأعضاء ، ولما كانت غريزة الرحمة والشفقة المتأصلة فى الأقارب بالنسبة للمشوه خلقيا وخاصة الوالدين تمثل منطلقا ودافعا للمساس بحقه فى الحياة تحت وطأة الاعتبارات السابقة ، فقد تعددت الآراء فى هذا الصدد (٤١) : فمن هذه الآراء

---

(٤٠) انظر د/ محمد السعيد رشدى — الجوانب القانونية والشرعية لجراحة التجميل ص ٥١ ، ٥٣ .

(٤١) راجع عرض هذه الآراء تفصيلا فى : دراسات معمقة فى الفقه الجنائى المقارن د/ عبد الوهاب حومد ص٢٨١ .

ما يجعل من حق الاباء اتخاذ القرار في انهاء حياة الطفل ، ومنهـــا ما يجعل من حق الطبيب الذى يفحص الطفل أن يعرض نتائج فحصـــه على الأهل ، فان كانت خطوط الطفل في الحياة معقولة عمليا فلا يجوز له الامتناع عن معـــالجته ليموت ولو طلب الأهـــل ذلك ، ورأى ثالث يقرر أن مصلحة الطفل في « موت كريم » لا تقل أهمية عن « حيـــاة كريمة » وهذا أمر يقره أهل السلطة القضائية التى تمثل المجتمع دون أن ينفرد به الطبيب والأهل وفي ذلك ضمانة للطفل ، وعلى الرغم من ذلك الا أن الاتجاه الأقوى والأرجح في هذا الصدد هو الذى يطالب باحترام الحياة بالنسبة للمشـــوهين خلقيا أو المولودين قبـــل الأوان بكثير • من هذا المنطلق كان رأى المعقد أنه على الرغم من نبل تعض الدوافع التى قد تحمل البعض على قتل المشوهين ، الا أن القـــانون الجنائى القائم حاسم في هذا الصـــدد ، فليس في نصوصه ما يجـــيز للطبيب ولا لغيره أن يقوم بازهاق حياة وليد أو شخص مشوه مهمـــا تكن درجة شذوذه الخلقى الا اذا وصل هذا الشـــذوذ الى حد المسخ بحيث يستحيل وصف الوليد أو الشخص بأنه من بنى الانسان(٤٢) ، وهو أمر متروك لقاضى الموضوع للفصل فيه على ضوء كل حالة على حده مستعينا بانطباعاته الخاصة وتقديره وبمايقرره أهل الخبرة في هذا الصدد ، ومتى خرج المولود عن عداد الآدميين من بنى الانسان فانه في اعتقادنا لا مسئوليةعلىالطبيب من الناحيةالجنائية(٤٣)،وانكانتأخلاقية

---

(٤٢) انظر د/ عوض محمد ــ جرائم الاشـــخاص والامـــوال ص٨ ، د/ محمود نجيب حسنى القســـم الخاص ص١٣ ط ١٩٧٨ ، د/ عبـــد الوهاب حومد ــ المرجع الســـابق ص٢٨١ وما بعـــدها ، د/ محمد زكى أبو عامر ــ المرجع السابق ص٣٩٩ •

(٤٣) وان كان هذا الأمر يقتضى تدخلا تشريعيا لحسم هذه المسألة آخذا في الاعتبار أصل الحبس وحالة الوليد •

المهنة تأبى ذلك وتلقى عليه عبء اللوم • أما اذا لم يخرج الوليد من عداد الآدمية فانه يظل محلا للحماية الجنائية الكاملة شأنه فى ذلك شأن مستوى الهيئة وبالتالى فان ازهاق روحه يعتبر داخلا فى اطار جرائم القتل العمد ، ويعاقب فاعله بالقوة المقررة لهذه الجريمة ، ولو كان ذلك برضائه ، اذ ليس لرضائه محل اعتبار اذا كان غير وليد أو أهله اذا كان وليدا وذلك لأن اهدار حياته يعنى اهدار الحقوق والارتفاقات الخاصة بالمجتمع وهو ما لا يجوز قانونا(٤٤) ، لأن الشخص الذى يشعر بشذوذ جسمانى معين قد يحجم بطريقة أو بأخرى عن المشاركة الاجتماعية خشية السخرية أو الاستهزاء فيهدر على هذا النحو حق المجتمع فيه خاصة اذا أراد الانتحار والخلاص من نفسه ، ومن هنا كان وجه المشروعية للجراحات التجميلية أيا كانت طبيعتها •

ويمتد نطاق هذه الحماية الى سلامة الجسم أيضا فلا يجوز العبث بأعضائه بنقل عضو منه الى آخر من أصحاب الهيئة السوية ولو كان لانقاذ حياته ، لانتفاء وجه المفاضلة بينهما ، لأنهما فى نطاق الحماية سواء(٤٥) • والمشرع يهدف الى حماية حق الانسان فى سلامة جسمه أيا كان الشخص(٤٦) مشوها أو غير مشوه أو جعله محلا للتجارب العلمية(٤٧) •

---

(٤٤) انظر د/ محمد السعيد رشدى / الجوانب القانونية والشرعيه لجراحة التجميل ص ٥١ •

(٤٥) انظر رسالتنا السالفة الذكر الخاصة بنطاق الحماية الجنائية لعمليات الزرع جـ ٢ ص٥١٢ المشار اليها آنفا •

(٤٦) د/ حسن صادق المرصفاوى ـ القسم الخاص ص٥١٢ ط ١٩٧٨ •

(٤٧) المسئولية الجنائية للأطباء ـ د/اسامة فايد ص٢٣٨ ط ١٩٨٣

ثانيا : فى الشريعة الاسلامية :

أما بالنسبة للشريعة الاسلامية فانه اذا كان القانون قد أضفى على المشوهين خلقيا قدرا من الحماية الجنائية فان هذا ليس الا ترسما السياسة الجنائية التى انتهجها المشرع الاسلامى فى هذا الصدد تجاه الأفراد أيا كانت طبيعتهم مستوى الخلقة أو مشوهيها ولم يجعل للهيئة البدنية اعتبار فيما يتعلق بنطاق الحماية الجنائية التى أضفاها على الأشخاص فى المجتمع بل جعل الكل سواء فى هذا الصدد من ناحية ، ومن ناحية أخرى جعلهم أيضا سواء فى التكاليف الشرعية وتحملهم الحقوق ومطالبتهم بأدائها والتى فى مقدمتها حق الله ، فلا فرق فى ذلك بين مشوه الخلقة أو مستوى الهيئة ، لذلك فلم يجعل المشرع الاسلامى تشويه الخلقة أو استوائها محلا للثواب أو العقاب(٤٠)فهبة الجمال وكمال الهيئة أو استوائها هى منة الله على العبد وهم مختلفون فيها ، أما التكاليف الشرعية فهم متساوون فيها ، ولذلك كان القيام بهذه الحقوق أو هذه التكاليف مناطا للحماية الجنائية فى هذا الصدد دون اعتبار لهيئة من يقوم بأدائها ، ومن منطلق هذه الحماية الجنائية كان أى اعتداء عليه فى المساس بسلامة جسمه أو بحياته هو موجب للعقوبة المقررة شرعا أيا كانت الاعتبارات أو الدوافع التى حملت الشخص طبيبا أو قريبا الى ذلك ، وسواء كانت هذه الاعتبارات اقتصادية أو اجتماعية أو غير ذلك(٤٩) ، وأيا كان الهدف من المساس بحياته أو سلامة جسمه ولو كان من أجل احياء الغير ، فلا يجوز قتله لانقاذ حياة غيره ، ولو كانت وسيلة الانقاذ نقل عضو منه كالقلب

---

(٤٨) أنظر فى ذلك ـ قواعد الأحكام ـ ج ١ ص١٣٨ .

(٤٩) انظر : البند الخاص بذلك فى صدر هذا المبحث .

مثلا(٥٠) بل ولو أكره عليه بالقتل لاستواء النفوس فى العصمة(٥١)، بل ولو رضى المشوه بالقتل أو بازهاق روحه ، لأن العصمة تقتضى دفع الضرر عنه بدون رضاه(٥٢)،كما أن الانسان ممنوع من الاضرار بغيره بالنص(٥٣) ، للمحافظة عليه من ناحية وعلى حق الله من ناحية آخرى ، ومن ناحية ثالثة ان المشوهين فمن واجب المجتمع أن يوفر لهم حياة فيها شىء من الراحة شأنهم شأن أى فرد فيه ، وليس من شريعة الاسلام فى شىء القضاء على الحياة البريئة المحترمة من أجل كون صاحبها مشوه الخلقة ، ذلك لأن الحياة فى ذاتها أسمى فى حكم الاسلام بكثير من مصلحة القضاء على النقص أو التشويه فى الخلقة(٥٤) ، فكم من مشوه نبغ فى نواح أو جوانب عديدة لا تمر ولا تخطر على بال(٥٥) .

---

(٥٠) انظر الرسالة السالفة الذكر ص٥٠٢ .

(٥١) راجع فى عدم شرعية المساس بالغير فى الاكراه — شرح التوضيح على متن التنقيح بهامش التلويح ج ٢ ص٢٠٠ طبعة شمس الحرية ، مفتاح دار السعادة لابن القيم ص٣٤٨ ط ٢ .

(٥٢) شرح التوضيح على متن التنقيح ج ٢ ص١٩٦ .

(٥٣) د/ محمد الحسينى حنفى — المدخل لدراسة الفقه الاسلامى ص٤٠٤ ط ١٩٨٣ . وفى عدم أحقية الشخص فى الاذن للغير بالقتل او الاعتداء عليه انظر : د/ جمال عواد — جناية القتل فى الفقه الاسلامى ص٣٥٢ دكتوراه من كلية الشريعة بالقاهرة ..

(٥٤) انظر : د/ محمد سعيد رمضان البويطى / تحديد النسل وقاية وعلاجا ص١٦ ط (مكتبة الفارابى) .

(٥٥) انظر : الفتوى الشرعية الصادرة من كلية الحقوق والشريعه جامعة الكويت بشأن حكم تعجيل الطبيب بحياة المريض الميئوس من حياته والمشوهين خلقيا المشار اليها آنفا ص٢٣٠ فى دراسات معمقة د/ عبد الوهاب حومد .

أما فيما يتعلق بالمسئولية الجنائية في هذا الصدد :

فانه اذا كان تقرير المسئولية الجنائية فى حق من يقوم بالاعتداء على المشوهين خلقيا خلاصا منهم دفعا للمعرة أو لأى اعتبارات أخرى من الوالدين أو غيرهما من غير الأطباء محل اعتبار فى بيان الأهمية لنطاق الحماية الجنائية المكفولة له فى كل من الشريعة والقانون ، فان هذا الاعتبار فى هذا الصدد يكون أكثر أهمية ويبدو بصورة جلية بالنسبة للطبيب بوجه خاص ، وخاصة فى حالة ما اذا كانت حالة التشويه داخلة فى نطاق العلاج التجميلى أو فى نطاق الجراحات التجميلية(٥٦) ، والتى غالبا ما يكون علاجها نفسيا قبل أن يكون بدنيا، وذلك لاصلاح وعلاج نفسية ومظهر الانسان أى صحته النفسية والبدنية الداخلية والخارجية،باعتبار أن الطبيب أمين على صحة وسلامة شكل وجوهر الانسان،وذلك من منطلق الوظيفة الاجتماعية للطبيب(٥٧) خاصة فى هذا المجال الجراحى ، اذ أن عمل الطبيب التجميلى أو الجمالى يكون فى طبيعته منطويا على مصلحة اجتماعية تهدف أساسا الى المحافظة على صحة وحياة أفراد المجتمع(٥٨) من أجل تمكنهم من القيام بأعبائهم ووظائفهم فى المجتمع وهم فى حالة توازن نفسى وبدنى ، وخاصة بعدما ثبت نجاح هذا النوع من الجراحة فى العديد

---

(٥٦) انظر فى المعنى : د/ محمد فائق الجوهرى ـ المسئولية الطبية فى قانون العقوبات ص٣٢٢ ، ١٩٥١ .

(٥٧) د/ حسن زكى الابراشى ـ مسئولية الأطباء والجراحين المدنية ص٥٦ .

(٥٨) د/ محمد السعيد رشدى ـ الجوانب القانونية والشرعية للجراحة التجميلية ص٥٣ مشار اليه سابقا .

من الحالات واصلاح العديد من التشوهات التى لحقت بها وذلك عن طريق ازالتها بالجراحة التجميلية(٥٩) •

ولما كانت الجراحة التجميلية تتم على عضو سليم(٦٠) وتمارس

---

(٥٩) ولعل أهم الحالات هى التى نجح فيها فريق من جراحى المخ والأعصاب المصريين فى اجراء جراحة جديدة لعلاج الجمجمة المغلقة لطفل عن طريق فك عظام الجبهة والوجه وفصلهما عن المخ والعين والأعصاب ثم اعادة تشكيلهما مرة أخرى بالصورة الطبيعية وذلك لعلاج التشوه الخلقى الذى قد ينتج عنه توقف نمو الجبهة بما يؤثر على وظائف المخ والأعصاب وخاصة قوة الأبصار • انظر ما نشر عن هذا الخبر فى جريدة الاهرام ١١ يناير ١٩٨٦ ص٣ تحت عنوان جراحة جديدة فى مصر ، وايضا جراحة ناجحة لفصل رأس التوأمتين الملتصقتين عند ولادتهما واجراها مايقرب من ٤٠ طبيبا واستغرقت سبع ساعات ونصف فى احدى مستشفيات مدينة سويتو بجنوب أفريقيا الاخبار ٩ مايو سنة ١٩٨٨ ص١٠ ، وأيضا جراحة لفصل توأمين ملتصقين من السودان عمرهما ٨ أشهر الاخبار ٢ مايو ١٩٨٧ ص١ ، وأيضا ماقام به الجراح البيزنطى من تصغير حجم ثدى وهى أول عملية من نوعها فى تاريخ جراحة التجميل وقد تمت فى القرن السابع الميلادى انظر الحماية الجنائية للحق فى سلامة الجسم ص٤٩٩ وما أشير اليه بالهامش •

(٦٠) أنظر : د/ محمد حسين منصور ـ المسئولية الطبية ص٧٢ الجوانب القانونية والشرعية لجراحة التجميل ص٥٨ •

انظر :

NICOLAS : Les problèmes juridiques de la chirurgie esthétique P. 14 thèse (1979).

أشار اليه د/ محمد سامى السيد فى / الحماية الجنائية للحق فى سلامة الجسم ص٥٠١ •

لأهداف غير علاجية ـ من حيث الأصـل ـ أى لهدف جمالى بحت ، أو بمعنى آخر لتحسين شكل عضو معايف من الناحية الصحية(٦١) ، فان التزام الطبيب فى نطاق هذه الجراحة يكون التـزاما أقرب الى الالتزام بنتيجة منه الى الالتزام بمجرد بذل عنـاية فقط ، أو بمعنى آخر أن الخطأ المعفى عنه فى الجراحة العادية يكون موجبا للمسئولية فى نطاق الجراحة التجميلية(٦٢) ، فهو وان كان غالبية الفقه يميـل الى التزام جراح التجميل ببذل عنـاية الا أن العنـاية المطلوبة منه أكثر منها فى أحوال الجراحة الأخرى(٦٣) مما يعنى أن طبيعة التزامه فى هـذا الصدد هو أقـرب الى النتيجـة منه الى الوسيلة أو بذل العناية(٦٤) كمـا سبق القـول ، ولذلك كانت مساءلته أو محاسـبته أشد(٦٥) فى الجراحة التجميلية من غـيرها ، كما يجب عـلى الطبيب

---

(٦١) انظر الحمـاية الجنائية للحق ، سـلامة الجسم ص ٥٢٦ والمراجع المشار اليها فى هذا الصدد .

(٦٢) انظر د/ حسن زكى الابراشى ـ مسئولية الأطبـاء والجراحين ص٢٩٦ ، د/ محمد حسن منصور ـ المسئولية الطبية ص٧٦ ، د/ محمد السعيد رشدى ـ الجـوانب القـانونية للجـراحة التجميلية ص٦٩ . د/ احمد محمود سعد مسئولية المستشفى الخاص عن اخطـاء الطبيب ومساعديه ص٤٢٣ ، ٤٢٤ ـ دكتوراه ١٩٨٣ .

(٦٣) المسئولية الطبية ص٧٦ .

(٦٤) د/ محمد عادل عبـد الرحمن ـ المسئولية المدنية للأطبـاء ص١٧٤ وما بعدها ط ١٩٨٥ .

(٦٥) انظر : د/ محمود مصطفى ـ مسئولية الاطبـاء والجراحين الجنائية ص٣٠٠ ، د/ فائق جـوهر ـ المسـئولية الطبية ص٤١٩ ، المسئولية الطبية ص٧٧ ، الحماية الجنائية للحق فى سلامة الجسم ص٥٢٥ د/ محمد دشاء ـ الخطـأ الطبى ـ بحث مقـدم للمؤتمر الأول الدولى

=

التجميلى أن يستخدم الطريقة العلاجية المتفق عليها وليست التى هى محل للتجارب(٦٦) ، ولا يقوم باجراء أى جراحة الا اذا كان واثقا من نجاحها ، أما اذا كان لها مخاطرها الجادة فى الفشل فلا يجوز له الاقدام عليها(٦٧) ، ولما كانت الجراحة التجميلية داخلة فى اطار المساس بجسم الانسان لهدف تحسينى أو جمالى من منطلق شرعية العمل الطبى ، فانها تسرى عليها فى هذا الصدد القواعد التى تسرى على غيرها من الأعمال الطبية الجراحية الأخرى (٦٨)، وعلى ذلك فان أى خطأ أو تقصير أو اهمال يكون موجبا للمسئولية الجنائية والمدنية(٦٩) ٠

=

للمسئولية الطبية المنعقد فى جامعة « ماريوثوس » ببنغازى فى اكتوبر ١٩٧٨ ومنشور بمجلة الحقوق والشريعة العدد الأول مارس ١٩٧٩ ص ١٢ ، د٠ محمد ابراهيم دسوقى / تقدير التعويض بين الخطأ والضرر ص ٣٣٩ دكتوراة ، د٠ برهام عطالله ــ أساسيات القانون الوضعى هامش ص ٢٦٣ طبعة أولى وفى القضاء انظر : حكم محكمة باريس فى ٢ ديسمبر ١٩٥٧ داللوز ١٩٦٨ ص ٩٦ أشار اليه د٠ محمد هشام البحث السابق ص ١٢ وفى الجانب الطبى انظر :

CAMPBELLE o S : UROLOGY. To 3, P. 1144.

(٦٦،٦٧) انظر فى ذلك د٠ محمد حسين ، المسئولية الطبية ص ٧٤ والأحكام المشار اليها فى هذا الصدد ٠

(٦٨) وذلك فى غير ما يتعلق بطبيعة التزام الجراح التجميلى٠

(٦٩) انظر فى ذلك على سبيل المثال

ANTOUN F. A. : Le consentement de la victime p. 431.

والحماية الجنائية للحق فى سلامة الجسم ص ٥١٧ ، الجوانب القانونية والشرعية لجراحة التجميل ص٥٨ ومابعدها ، أيضا د/ الأبراشى مسئولية الأطباء ص ١٣٣ ، د/ اسامة قايد ــ المسئولية الجنائية للأطباء ص ٢٧٤ ط ١٩٨٣ ، د٠ أبو اليزيد على المستيت ، جرائم الاهمال ص ١٩٨ ط ٢ ٠

وأما فى مجال الفقه الشرعى :

فانه اذا كان تقرير المسئولية الجنائية بالنسبة للاعتداء على المشوه خلقيا كنتيجة لنطاق الحماية الجنـائية فى القانون الوضـعى من حيث النيل من حياته أو سلامة جسمه محل اعتبار فى قيام الصرح القانونى فى اضفاء الحماية الجنائية على قتل هؤلاء المشوهين فانه أيضا كذلك بالنسبة للشريعة الاسلامية ، بل جعلت المحافظة عليه ضرورة شرعيـة على الرغم من التشويه الذى يلحق به أيا كانت طبيعته(٧٠) ومن أجل ذلك كانت شرعية العمل الطبى خاصة بالنسـبة للطبيب الذى يتـولى القيام بالعملية التجميلية لاصلاح وتقويم أى تشـويه ، وبعد ثبوت نجاح هذه العمليـات فى هذا المجال(٧١) ـ كما سبق القول ـ طالما كان ذلك فى الحدود الشرعية(٧٢)،وذلك من منطلق القواعد والنصوص الشرعية التى يستوحى منها مشروعية هذا العمـل الطبى لازالة ضرر التشويه ، فمن المسلم به أنه لما كان ضرر التشويه يمثل مشقة قد يكون لها صداها فى اعتبارها عائقا للشخص عن مباشرة حقوقه الشرعيـة والتى لولا هذا التشويه لما حيل بينه وبين هذه الحقوق الشرعية(٧٣)

---

(٧٠) انظر أمثلة لهـذا التشويه فى قواعد الاحكام جـ ١ ص ١٣٨ مشار اليه آنفا وفى نفس الموضع .

(٧١) انظر مقالة أحمد ابراهيم ـ مسئولية الأطباء ـ مجلة الأزهر المجلد ١٩ ص ٩٠٦ (١٣٦٧هـ) .

(٧٢) أى التى يستهدف الطبيب بهـا علاج تشـويه بدنى لا تغيير لخلقة الله راجع المعطيات الشرعية والقانونية للمشوهين خلقيا فى المبحث التمهيدى .

(٧٣) انظر ما ورد فى هذا الصدد من منع الشخص من مباشرة حق الامامة العظمى أو الولاية العامة فيما اذا لحقه التشويه البدنى فى المبحث التمهيدى .

والاجتماعية(٧٤) كانت هذه المشقة جالبة للتيسير اعمالا لقاعدة المشقة تجلب التيســير(٧٥) والتى يتخــرج عليها جميــع رخص الشــارع وتحقيقاته(٧٦) ، كما أن ازالة الضرر واجبة أيضا اعمالا لقاعدة الضرر يزال(٧٧) ، ومن هنا فقد أباحت الشريعة الاسلامية للأطباء الاجتهاد فى علاج كل ما من شأنه أن يلحق البنية من خلل(٧٨) أيا كان الخلل ظاهرا أو باطنا ، لأن اصلاح الأجسام مقصد من مقاصــد الطبيب فى عمله الطبى (٧٩) ، ومن منطلق حرص الاســلام على حسن المظهــر ولصوره الجمالية ، لأن الله جميل يحب الجمــال(٨٠) ولقوله تعالى : « لقد خلقنا الانسان فى أحسن تقــويم » (٨١) وقوله « وصــوركم فأحسن صوركم »(٨٢) ، والعامل على وفق المقاصد الأصلية عامل على

---

(٧٤) انظر أيضــا فى أثر التشويه البدنى فى اعتبــاره عائقــا من مباشرة بعض الحقوق الاجتماعية للشخص د. محمد السعيد رشدى ــ الجوانب القانونية والشرعية لجراحة التجميل ص ٥٠ وما بعدها .

(٧٥) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٨٤ (ط عيسى الحلبى) .

(٧٦) الأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفى ص٧٥ ط محققة ١٣٧٨هـ

(٧٧) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٩٢ .

(٧٨) انظر فى ذلك . النزهة المبهجة فى تشحيذ الأذهان وتعديل الأمزجة جـ ٢ ص ١٤٠ ط صبيح مطبــوع بهــامش تذكرة أولى الألباب والعجب العجاب (تذكرة داوود) .

(٧٩) كشاف القناع جـ ٥ ص ٥٣٧ ، مواهب الجليل جـ ٦ ص ٣٢١ الأم جـ ١ ص ٢٧٥ ، الأشباه لابن نجيم ص ٢٩٠ ، أحمد محمد ابراهيم المقالة السابقة ص ٤٦٠ .

(٨٠) رواه مسلم فى صحيحه جـ ١ ص ٩٣ ط دار الشعب .

(٨١) سورة التين آية رقم ٤ .

(٨٢) سورة غافر الآية ٦٤ .

الأصلاح لا الافساد ، ولأن الله لم ينزل داء الا أنزل له دواء(٨٣)، لأن النفوس جبلت على حب الكمال(٨٤) ، وتقرير المشروعية للعمل الطبى يجعل الطبيب عاملا فى مباح ما لم يؤد ذلك الى ضرر نتيجة تقصير أو خطأ فيكون حينئذ مسئولا لأن الضرر لايزال بالضرر(٨٥) ، ولأن من تطبب ولم يعلم له طب فهو ضامن (٨٦) ، وعلى ذلك فان الطبيب اذا قصر فى المعالجة أو جهل أصول الطب فانه يضمن(٨٧) ويسأل جنائيا عن ذلك ، كما أن الخطأ الذى يتسبب فى اهدار نفس أو اتلافها يكون مستوجبا للعقوبة والضمان(٨٨) أيضا .

---

(٨٣) الموافقات ج ٢ ص ٢٠٦ .

(٨٤) سبق تخريجه .

(٨٥) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٨٨ .

(٨٦) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٨٧ .

(٨٧) أبو داوود فى سننه ج ٢ ص ٥٠١ ط دار احياء السنة .

(٨٨) بداية المجتهد ج ٢ ص ٤٥١ ، الأشباه والنظائر ص ٣٩٠ وراجع أيضا فى خطأ الطبيب المراجع الشرعية المشار اليها عند تقرير المسئولية بالنسبة للميئوس من علاجه .

التنظيم الإدارى المركزى

فى

المملكة العربية السعودية

دكتور محمد فتوح محمد عثمان

رئيس قسم القانون العام

يقصد بالتنظيم بوجه عام استخدام الطرق والأساليب العلمية لتحقيق أهداف المشروعات العامة والخاصة وتحصيل أكبر فائدة من الجهود التى تبذل بأقل تكاليف ممكنة .

ويقصد به بالنسبة لادارة المرافق العامة فى الدولة اعداد جهاز ادارى سليم صالح لأداء المهمة الملقاة على عاتقه ، وادارة هذا الجهاز وتوجيه سيره بطريقة تكفل تحقيق الأهداف المرجوة منه فى أسرع وقت وعلى أحسن وجه وبأقل تكاليف ممكنة(١) .

وفى بيان أهمية تنظيم الادارة العامة يقول علماء التنظيم « ان التنظيم هو أهم العناصر فى بناء الدولة الحديثة وان تنظيم الجهاز الحكومى على أساس سليم هو بلا جدال مصدر قوة للدولة .

(١) المرحوم الأستاذ الدكتور محمد فؤاد مهنا : الوزارات وتنظيمها فى ضوء مبادىء علم التنظيم ـ بحث بمجلة الحقوق (حقوق الاسكندرية) السنة الثامنة ١٩٥٨ ـ ١٩٥٩ ص ١٢١ وما بعدها .

ويقولون أيضا ان التنظيم اذا كان لازما لنجاح المشروعات بوجه عام فانه كلما زاد حجم المشروع أو المرفق كانت حاجته الى التنظيم أشد وأقوى • ولما كانت الدولة بحق أضخم المشروعات المعروفة من وجهة نظر الباحث فى التنظيم ، فان التنظيم يبدو بالنسبة للدولة أكثر أهمية وأشد خطرا (*) •

وموضوع « تنظيم الادارة العامة يتسم بطابع سياسى ملموس » ومن ثم فانه أقرب الى النظام(٢) (القانون) الدستورى منه الى النظام (القانون) الادارى فالمزج بين المركزية واللامركزية ، ومدى حرية الهيئات الاقليمية فى الاشراف على المصالح المحلية ، يتوقف على درجة الوعى القومى وتمكن نظام الشورى والديمقراطية فى الدولة •

والملاحظ فى هذا الخصوص أنه كلما رسخت أصول الشورى والديمقراطية فى دولة من الدول ازدهرت اللامركزية الادارية فيها ، والعكس(٣) •

(*) المرحوم الأستاذ الدكتور عثمان خليل : التنظيم الادارى فى الدول العربية من مطبوعات معهد الدراسات العربية العالية التابع للجامعة العربية ١٩٥٧ ــ ص ٣٣ •

(٢) تنفر المملكة العربية السعودية من اصطلاح « قانون » وتستعمل بدلا منها اصطلاح « نظام » بسبب أن القوانين الوضعية الأجنبية هى التى استبعدت الشريعة الاسلامية من التطبيق فى البلاد الاسلامية أو حصرتها فى ميدان الأحوال الشخصية رغم أن كثيرا من الفقهاء استعملوا كلمة قانون بمعنى قاعدة •

(انظر للباحث بحث سابق عن السلطة التنظيمية أو التشريعية فى المملكة العربية السعودية • منشور بعدد سابق من هذه المجلة) •

(٣) أستاذنا العميد الدكتور سليمان الطماوى : الوجيز فى القانون الادارى ــ دار الفكر العربى ١٩٨٩ ــ ص ٢١ •

ولاشك أن النظم السياسية والادارية لا يمكن وصفها بالثبات والاستقرار لأنها بطبيعتها مرنة وتحتاج الى مرجعة مستمرة لكى تستجيب لمقتضيات الحياة الحديثة التى تتطور بسرعة لم تعهدها الشعوب من قبل • ومن ناحية أخرى فان سلامة النظم الادارية لا تتأكد الا بالتجربة والتطبيق ويتأثر الاسلوب الذى تنتهجه الدولة بوجه عام فى تنظيمها الادارى بظروفها الاجتماعية والسياسية ودرجة تأصل النظم الديمقراطية والشورى فيها • فالدولة الحديثة التى حلت محل النظم القبلية كان من الضرورى لها أن تقوى السلطة المركزية(٤) فيها لأقصى حد ممكن ، لتضمن عدم عودة النظم القبلية ، ولتكفل سيادة حكم الشريعة الاسلامية والأنظمة (القوانين) على جميع الأفراد وعلى جميع أجزاء البلاد •

فلما استقرت الدولة ، وزال كل خطر يتهددها من تلك الناحية ، وأخذت بالنظم الديمقراطية والشورى وتعددت الواجبات الملقاة على عاتقها وتنوعت الخدمات التى تؤديها للأفراد فى صورة مرافق وخدمات عامة وجدت نفسها مسوقة لأن تتيح للأفراد المشاركة فى أداء الخدمات العامة ، واشباع حاجاتهم الخاصة والمحلية ، حتى تتفرغ الحكومة فى العاصمة للامور الخطيرة التى تهم الدولة كلها ، والتى يحسن اخضاعها لنظام موحد •

ويأخذ التنظيم الادارى فى الحالة الأولى صورة المركزية •

وفى الحالة الثانية صورة اللامركزية •

---

(٤) أستاذنا العميد الدكتور سليمان الطماوى : الوجيز فى القانون الادارى المرجع السابق ص ٤٥ •

فالمركزية واللامركزية هما صـــورتا التنظيم الادارى فى الدولة الحديثة تأخذ كل دولة منهما بنصيب يتفق وظروفها الاجتماعية ٠

ولهذا كما يقول أستاذنا العميد الدكتور سليمان الطماوى فان درجة المزيج بين المركزية واللامركزية من أدق الأمـــور فى التنظيم الادارى لأن هذه الدرجة متغيرة تبعا لتغير ظروف الدولة(٥) ٠

ومن ثم فانه كثيرا ما يعدل فى النظم التى يأخذ بها على ضـــوء ما تسفر عنه النتائج ٠

الادارة المركزية فى المملكة العربية السعودية

لاشك أن النظام السياسى أو الادارى لشعب من الشعوب لابد وأن يتأثر بالظروف الاجتماعية والاقتصادية والســياسية التى يعيش فيها،كما يؤثر هذا النظام السياسى أو الادارى بدوره فى تلك الظروف أى يتبادل النظام والظروف والتأثير والتأثر ، ويقوم بينه وبينها من مظاهر الاتصال الوثيق ما يجعل دراسة النظام السياسى أو الادارى بمعزل عن هذه الظروف ، دراسة قاصرة ٠

وهذه الحقيقة العلمية تظهـــر بمزيد من الوضوح فى أســـاليب التنظيم ادارى ، لأن هذا التنظيم يتخذ عادة وسيلة لتحقيق الأهداف الايجابية للدولة فى الميدانين السياسى والاقتصادى ، كما أن النشاط الادارى يهدف أساسا الى وضع الاتجاهات الكلية للنظـــام السياسى

---

(٥) أستاذنا الدكتور ســليمان الطمــاوى : الوجيز فى القانون الادارى ــ المرجع السابق ص ٤٥ ٠

المرحوم الدكتور عثمان خليل : التنظيم الادارى فى الدول العربية ــ مطبوعات معهد الدراسات العربية العالية ١٩٥٧ ــ ص ٨ ٠

موضع التنفيذ فى الفروع والجزئيــات ومن ثم كان من الطبيعى أن تنعكس الروح العامة والاتجاهات الكبرى لهذا النظام السـياسى على أساليب تنفيذه فى تلك الجزئيات(٦) ٠

والتاريخ شاهد على هذه العلاقة الوثيقة ، فكانت الجزيرة العربية جزءا من العالم الاسلامى الخاضع للخلافة العثمانية ، الى أن استقلت نجد بنشأة الدولة السعودية الأولى سنة ١٢١٨ هـ (١٨٠٢م) ٠
ولما تولى الملك عبد العزيز حكم الحجاز فى سنة ١٣٤٣هـ (١٩٢٤م) صار ملكا على الحجاز وسـلطانا لنجد الى سـنة ١٣٥١هـ (١٩٣٢م) تاريخ توحيد المملكة العربية السعودية ٠

ونظرا لاستقلال نجد عن الخلافة العثمانية ، قبل الحجاز بحوالى قرن وربع فلم يكن للتشريعات العثمانية أثر فى اقليم نجد ، بعكس الوضع فى الحجاز الذى كانت سلطة الخلافة العثمانية فيه واضحة ، لوجود مقر الحكم فى مكة وسهولة المواصـلات البرية والبحرية فكان يوجد خط سكة حديد الحجاز الذى يربط دمشق بالمدينة المنورة(٧) ٠

ولما قامت المملكة العربية السـعودية الموحدة فى ١٣٥٢هـ اتخذ نظامها السياسى كله طابع المركزية بقصد القضاء على التفتيت السياسى الذى صاحب الخلافة العثمانية ، وتدعيما للمصلحة السياسية المركزية من ناحية لعدم عودة التفتيت السياسى والادارى الذى كان موجودا فى ظل الخلافة العثمانية ٠

---

(٦) الدكتور السيد محمد مدنى : القانون الادارى الليبى ١٩٦٤ ـ دار النهضة العربية ص ٥٠ ٠

(٧) السيد الدكتور محمـد عبد الجواد : التطـور التشريعى فى المملكة العربية السعودية منشأة المعارف ـ ١٩٧٧ ص ٤٠ ٠

ونصت المادة الأولى من التعليمات الأساسية للمملكة الحجازية الصادرة بأمر ملكى مؤرخ ٢١ صفر ١٣٤٥هـ على أن : « المملكة الحجازية بحدودها المعلومة مرتبطة بعضها ببعض ، لا تقبل التجزئة ولا الانفصال ، بوجه من الوجوه .

هذا وتتكون الادارة المركزية فى المملكة العربية السعودية من :

١ ــ خادم الحرمين الشريفين .

٢ ــ مجلس الوزراء ورئيس مجلس الوزراء .

٣ ــ الوزارات .

٤ ــ الأجهزة التابعة لرئيس مجلس الوزراء أو (الهيئات المستقلة التى تخدم على المستوى العام للمملكة العربية السعودية) .

المبحث الأول

خادم الحرمين الشريفين

(صاحب الجلالة الملك)(١)

تكون جميع ادارة المملكة(٢) بيد خادم الحرمين الشريفين (صاحب الجلالة الملك) وجلالته مقيد بأحكام الشرع الشريف .

---

(١) صدر أمر ملكى فى ١٩٨٦/١٠/٢٧ باستبدال مسمى صاحب الجلالة بلقب « خادم الحرمين الشريفين » .

(٢) التعليمات الأساسية للمملكة الحجازية الصادرة بأمر ملكى مؤرخ ٢١ صفر سنة ١٩٤٥ ومنشور ب : أم القرى : العدد ٩٠ بتاريخ ٢٥ صفر الخير سنة ١٩٤٥ ، ٣ سبتمبر ١٩٢٦ (المادتين الخامسة والسادسة) .

والأحكام تكون دواما ، فى المملكة الحجازية منطبقة على كتاب الله وسنة رسوله عليه الصلاة والسلام ، وما كان عليه الصحابة والسلف الصالح . وذلك تطبيقا لما جاء فى البلاغ الأول الذى أذاعه المغفور له الملك عبد العزيز فى الثانى عشر من جمادى الأولى سنة ١٣٤٣هـ ما يأتى (٣) .

ان مصدر التشريع والأحكام لا يكون الا من كتاب الله ، ومما جاء عن رسوله عليه الصلاة والسلام ، أو ما أقره علماء الاسلام الاعلام بطريق القياس أو أجمعوا عليه مما ليس فى كتاب ولا سنة . فلا يحل فى هذه الديار غير ما أحله الله ولا يحرم فيها غير ما حرمه الله .

وجاء فى « بلاغ عام » بتاريخ ٢٨ من ذى الحجة سنة ١٣٤٣هـ(٤) ما يأتى :

ان الشريعة الاسلامية هى القانون العام ، الذى يجرى العمل على وفقه فى البلاد المقدسة . وأن السلف الصالح وأئمة المذاهب الأربعة قدوتنا فى السير على الطريق القويم ، وسيكون العلماء المحققون من جميع الأمصار هم المرجع لكل المسائل التى تحتاج الى تمحيص ونظر ثاقب .

وكما جاء فى بلاغ عام صادر بتاريخ ١٩ ربيع الثانى سنة ١٣٤٤هـ(٥)

---

(٣) أم القرى العدد الأول بتاريخ ١٥ جمادى الأولى سنة ١٣٤٣هـ ١٢ ديسمبر سنة ١٩٢٤ .

(٤) أم القرى العدد ٣٠ بتاريخ محرم الحرام سنة ١٣٤٣هـ ، ٢٤ يوليو سنة ١٩٢٥م .

(٥) أم القرى العدد ٤٥ بتاريخ ربيع الثانى سنة ١٣٤٤هـ ، ٦ نوفمبر سنة ١٩٢٥ .

« يجب أن يكون السلطان الأول والمرجع للناس كافة الشريعة الاسلامية المطهرة » .

وقال المغفور له جلالة الملك عبد العزيز فى خطاب عام :

« وقد جعلنا الله أنا وأبائى وأجدادى مبشرين ومعلمين بالكتاب والسنة وما كان عليه السلف الصالح لا نتقيد بمذهب دون آخر ومتى وجدنا الدليل القوى فى أى مذهب من المذاهب الأربعة ، رجعنا اليه ، وتمسكنا به . أما اذا لم نجد دليلا قويا . أخذنا بمذهب الامام أحمد(٦) .

والدولة العربية السعودية دولة ملكية شورية اسلاميه مستقله فى داخليتها وخارجيتها كما تنص المادة الثانية من التعليمات الأساسية للمملكة الحجازية(٧) ووضع المغفور له الملك عبد العزيز نظام توارث الملك فى الدولة فاختار وليا للعهد ودعا « مجلس الشورى »(٨)

---

(٦) أم القرى العدد ٢٨٤ بتاريخ ٨ ذو الحجة سنة ١٣٥٢هـ ، ٢٤ مارس سنة ١٩٣٤م .

(٧) أم القرى العدد ٩٠ بتاريخ ٢٥ صفر الخير سنة ١٣٤٥هـ ، ٣ سبتمبر سنة ١٩٢٦م .

(٨) ومجلس الشورى الأهلى أنشىء فى ١٣٤٣ أى منذ بدء عهد المملكة الحجازية وورد فى العدد الثالث من صحيفة أم القرى الصادرة بتاريخ ٢٩ جمادى الأولى سنة ١٣٤٣هـ ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢٤م وصدر نظام مجلس الشورى نشر فى أم القرى العدد ١٣٥ بتاريخ ١٥ محرم الحرام سنة ١٩٤٦م ١٥ يوليو ١٩٢٧م ثم صدر نظام جديد بنظام مجلس الشورى نشر فى أم القرى فى العدد ١٨٦ بتاريخ ٢٥ محرم الحرام ١٣٤٧ ، ١٣ يوليو ١٩٢٨م وهو متفق فى جملته مع سابقه الذى صدر فى سنة ١٣٤٦هـ .

« ومجلس الوكلاء »(٩) الى الاجتماع لاقرار هـذه البيعة ووضع نظام ثابت لتوارث العرش بطريقة العهد فالعهد وحده لا يكفى لنقل وراثة العرش فحسبما جاء بالقرار المشترك لمجلس الشورى ومجلس الوكلاء لابد أن يستجمع ولى العهد الشروط الواجب توافرها فى الملك وهى التى تولى تحديدها الفقه الاسلامى :

- الكفاية الجسدية .
- أن يكون من أهل الولاية الكاملة .
- الكفاية العلمية .
- العـدالة
- الشـجاعة .

وتعتبر البيعة هى مصدر سلطات جلالة الملك .

ويعتبر الملك خادم الحرمين الشريفين هو صاحب السلطة العليا فى البلاد وهو يمارس اختصاصات داخلية واختصاصات خارجية .

أولا اختصاصات الملك الداخلية :

١ ــ السلطة السيادية :

(أ) القائد الأعلى للقوات المسلحة .
(ب) يمنح الأوسمة والميداليات .
(جـ) له الحق فى العفو عن العقاب وتخفيف العقوبة .

---

(٩) أم القرى . العدد ٣٧٠ بتاريخ ٧ رمضان سنة ١٣٥٠هـ . ١٥ يناير سنة ١٩٣٢م .

٢ ـ السلطة التنظيمية :

وهى التى تقابل السلطة التشريعية فى الدول الأخرى(١٠) ـ حيث التشريع لله وحده ـ ويملك الملك خادم الحرمين الشريفين السلطة التنظيمية بالاشتراك مع مجلس الوزراء طبقا لنظام مجلس الوزراء(١١).

وتنص المادة ١٩ منه على أنه : « لا تصدر الأنظمة والمعاهدات والاتفاقات الدولية والامتيازات الا بموجب مراسيم ملكية(١٢) يتم اعدادها بعد موافقة مجلس الوزراء .

كما تنص المادة العشرون على أنه : لا يجوز تعديل الأنظمة أو المعاهدات الدولية أو الامتيازات الا بموجب نظام يصدر حسب المادة ١٩ من نظام مجلس الوزراء .

وأناطت المادة ٢٢ السلطة التنظيمية (التشريعية) من اختصاص مجلس الوزراء فتقضى المادة ٢٢ بأنه : « لكل وزير الحق بأن يقترح على المجلس مشروع نظام (قانون) يدخل ضمن أعمال وزارته ، لغرض اقراره ، وللمجلس الموافقة عليه أو رفضه . واذا رفض المجلس

---

(١٠) دكتور أحمد الصباب والأستاذ / محمد محجوب : شئون الموظفين ـ الجزء الأول دار المجمع العلمى بجدة ١٣٩٨هـ ـ ١٩٧٨م ص١٧ .

(١١) صدر نظام مجلس الوزراء بالمرسوم رقم ٣٨ الصادر بتاريخ ٢٢ من شوال سنة ١٣٧٧ (وهو يتكون من ٥٠ مادة) .

(١٢) المرسوم الملكى فيوقع عليهما جلالة الملك بعد موافقة مجلس الوزراء ولا يشترط فى المملكة العربية السعودية الفرط الذى كان واردا فى دستور ٢٣ المصرى فى المادة ٦٠ التى تنص على أن : توقيعات الملك فى شئون الدولة يجب لنفاذها أن يوقع عليها رئيس مجلس الوزراء والوزراء المختصين .

اقتراحا فلا يجوز اعادة عرضـه عليه، الا اذا دعت الضرورة لذلك . كما يحق لكل عضـو من أعضـاء مجلس الوزراء أن يقترح ما يرى مصلحة من بحثه فى المجلس .

وتنص المادة ٢٣ من نظـام مجلس الوزراء على أنه : « اذا لم يوافق جلالة الملك على أى مرسوم أو أمر يقدم اليه لتوقيعه ، يعاد الى المجلس مشفوعا بالأسباب التى دعت لذلك لبحثه . واذا لم يرد المرسوم أو الأمر من ديوان جلالة الملك الى مجلس الوزراء خـلال ثلاثين يوما من تاريخ وصوله ، يتخذ رئيس المجلس ما يراه مناسبا ، ويحيط المجلس علما بذلك .

الموضوعات التى يجب أن تنظم بمراسيم ملكية :

الأنظمة : تصدر عن طريق مراسيم ملكيات يشترك فيهـا مجلس الوزراء مع جلالة الملك خادم الحرمين الشريفين .

مسائل تنظيم عن طريق الأنظمة :

١ ــ ادارة المناطق .

٢ ــ البلديات .

٣ ــ فرض الرسوم والضرائب وجبايتها والاعفاء منها .

٤ ــ التصرف فى أموال الدولة وايجارها .

٥ ــ منح امتياز أو استثمار مورد من موارد البلاد .

٦ ــ محاكمة الوزراء .

٧ ــ الميزانية .

٨ ــ نظام الموظفين العام .

٩ ــ النظام الخاص بالعقوبات التى توقع على الموظفين •

١٠ ــ نظام التقاعد المدنى •

١١ ــ نظام المزايدات والمناقضات •

١٢ ــ الأنظمة التى تنشىء الوزارات وترتيبها •

١٣ ــ نظام الشركات •

١٤ ــ نظام الأوراق التجارية •

١٥ ــ نظام الوكالات التجارية •

ومع هذا يمكن أن تعالج أية مسألة أخرى « بنظام » كما يمكن أن تعـــالج بأية أداة أخرى كأمر ملــكى أو قرار من مجلس الوزراء أو قرار وزارى •

ويمكن أن تعالج بعض المسائل عن طريق مراسيم ملكية دون أن تتضمن أنظمة •

٣ ــ السلطة التنفيذية :

الملك خادم الحرمين الشريفين هو رئيس السلطة التنفيذية (رئيس مجلس الوزراء) فهو :

ــ يشــترك مع مجلس الوزراء فى رســم الســياسة الداخلية والخارجية والمالية والاقتصادية والتعليمية والدفاعية • وجميع الشئون العامة •••• الخ •

ــ ومجلس الوزراء هيئة نظــامية يرأسها جلالة الملك وتعقــد اجتماعات برئاسة جلالته لغرض كافة قرارات مجلس الوزراء للتصديق عليها ولا تعتبر قرارات المجلس نهائية إلا بعد صدور التصديق عليها•

ــ الملك يعين الوزراء ، كما يعفيهم من مناصبهم ويقبل استقالاتهم ، وجميع أعضاء مجلس الوزراء مسئولون عن أعمالهم أمامه .

يتولى رئاسة مجلس الوزراء ، فالملك خادم الحرمين الشريفين له توجيه السياسة العامة للدولة والعمل على التنسيق بين جميع الوزارات ومصالح الدولة والاشراف عليها .

ــ للملك خادم الحرمين الشريفين اختصاص اصدار اللوائح الداخلية لبعض الهيئات كهيئة الرقابة والتحقيق وهيئة التأديب وديوان المراقبة العامة وبعض المسائل الواردة فى نظام الموظفين العام .

ــ تخضع للملك خادم الحرمين الشريفين (بصفته رئيسا لمجلس الوزراء) الهيئات المستقلة الملحقة بالمجلس كديوان الموظفين العام ، وديوان الحسابات العامة وديوان المظالم .

ثانيا اختصاصات الملك الخارجية :

١ ــ الملك خادم الحرمين الشريفين هو ممثل الدولة وهو الذى يكون ادارة الدولة ويعلنها للدول الأخرى والمنظمات الدولية .

٢ ــ الملك هو الذى يصدق على المعاهدات والاتفاقات الدولية بموجب مراسيم ملكية .

٣ ــ يرسل المبعوثين الدبلوماسيين للدول الأخرى ويستقبل ممثل الدول الأخرى فى المملكة .

٤ ــ يزود المتفاوضين نيابة عن الدولة بأوراق التفويض .

٥ — يعلن الحرب والسلم .

فالملك خادم الحرمين الشريفين له كافة الاختصاصات المتعلقة بادارة العلاقات الخارجية .

وللملك خادم الحرمين الشريفين نائبين يفوض اختصاصاته لأحدهما ويمارس صلاحيات رئيس مجلس الوزراء بصفته نائبا لرئيس مجلس الوزراء لا بصفته نائبا للملك والقرارات التى تصدر عن الملك خادم الحرمين الشريفين بصفته رئيسا لمجلس الوزراء ، أو عن أحد نائبيه بهذه الصفة تسمى « بالأوامر » أو التوجيهات السامية .

المبحث الثانى

مجلس الوزراء

كان مجلس الشورى لسنة ١٣٤٦هـ(١) يختص بالنظر فى سن القوانين والأنظمة التى تعرضها الحكومة عليه (م/٣) .

واستمر مجلس الشورى يمارس سلطته التنظيمية ، الى أن أنشىء مجلس الوزراء فى سنة ١٣٧٣هـ ونص نظامه على سلطته فى الاشراف على الأنظمة التى يضعها مجلس الشورى لاقرارها أوتعديلها أو رفضها .

ثم جاء النظام الحالى لمجلس الوزراء الصادر بالمرسوم الملكى(٢)

---

(١) أم القرى العدد ١٣٥ بتاريخ ١٥ محرم الحراج ١٤٣٦هـ ، ١٥ يولية ١٩٢٧م .

(٢) أم القرى العدد ١٧١٧ بتاريخ ٢٧ شوال ١٣٧٧هـ الموافق ١٦/٥/١٩٥٨ م .

رقم ٤٨ بتاريخ ٢٢ شوال سنة ١٣٧٧هـ الموافق ١١ مايو ١٩٥٨م وهذا النظام لا يزال سارى المفعول • فنص على « السلطة التنظيمية » وعلى (شعبة الخبراء » التى صدر قرار مجلس الوزراء رقم ١٦٨ بتاريخ ١٢ صفر ١٣٩٤هـ بتشكيلها واختصاصها الذى سندرسها بتفصيل فيما بعد • هذا وبالرغم من وجود مجلس الشورى الى الوقت الحاضر الا أنه ليس له أى دور فى عملية اصدار الأنظمة ولا فى غيرها •

صدر أول نظام لمجلس الوزراء فى ١٢ رجب سنة ١٣٧٣هـ وأنشىء بمقتضاه أول مجلس وزراء فى المملكة العربية السعودية(٣) كان يجمع بين السلطتين التنفيذية والتنظيمية (التشريعية) •

ثم صدر نظام مجلس الوزارء الحالى بالمرسوم الملكى رقم ٣٨ بتاريخ ٢٢ شوال سنة ١٣٧٧هـ(٤) ولازال هذا المرسوم الملكى مطبقا للآن •

---

(٣) ولقد قال المغفور له الملك سعود فى خطاب له فى افتتاح مجلس الوزراء ما نصه : لقد جعل الاسلام الأمر شورى بين المسلمين فأول ماعقدنا العزم عليه هو أن نجعل منكم اخواننا وأبنائنا ووزررائنا موضع ثقتنا وشورتنا لنتعاون معكم على النهوض بأعباء الحكم فى هذه البلاد فأنشأنا مجلس الوزراء ليكون مصدرا لجميع أعمالنا التى نقوم بها فى خدمة هذه الدولة وسيكون أى عمل فى الدولة وسيكون أى عمل فى الدولة مصدره ومرجعه منكم واليكم على أساس ما يقوم به كل منكم من أعباء وكلنا الأمر فيها اليه طبقا للأنظمة المقررة له » نقلا عن مؤلف :

الدكتور محمد عبد الجواد : التطور التشريعى فى المملكة العربية السعودية ١٣٩٧هـ ــ ١٩٧٧ مطبعة جامعة القاهرة ص ١٠٤ •

(٤) المرسوم الملكى رقم ٣٨ بتاريخ ٢٢ شوال سنة ١٣٧٧ يتكون من خمسين مادة •

تشكيل مجلس الوزراء :

يتكون مجلس الوزراء من :

(أ) رئيس مجلس الوزراء هو الملك خادم الحرمين الشريفين .

(ب) نواب رئيس مجلس الوزراء .

(ج) الوزراء العاملين .

(د) وزراء الدولة الذين يصدر أمر ملكى بتعيينهم أعضاء فى المجلس كوزير دولة ... ووزراء الدولة الذين يعينون رؤساء للهيئات المستقلة (كديوان) الموظفين وهيئة الرقابة والتحقيق وهيئة التأديب .

وطبقا للتشكيل الوزارى الصادر بالأمر الملكى رقم ١/٢٣ فى ٨/١٠/١٣٩٥هـ بناء على نظام مجلس الوزراء الصادر بالمرسوم الملكى رقم ٣٨ فى ٢٢ شوال ١٣٧٧هـ ــ والأمر الملكى رقم ٢١ فى ٣ جمادى الآخرة سنة ١٣٨٣هـ وما تلى ذلك من تعديل يتكون مجلس الوزراء كما يلى :

١ ــ صاحب السمو الملكى الأمين عبد الله بن عبد العزيز
ولى العهد ونائبا أول لرئيس مجلس الوزراء .

٢ ــ صاحب السمو الملكى الأمير عبد الله بن عبد العزيز
رئيس الحرس الوطنى .

٣ ــ صاحب السمو الملكى الأمير سلطان بن عبد العزيز
نائبا ثانيا لرئيس مجلس الوزراء ووزيرا للدفاع والطيران .

٤ ــ صاحب السمو الملكى الأمير متعب بن عبد العزيز
وزيرا للاسكان والأشغال العامة .

٥ ـ صاحب السمو الملكى الأمير نايف بن عبد العزيز
وزير الداخلية .

٦ ـ صاحب السمو الملكى الأمير ماجد بن عبد العزيز
وزير الشئون البلدية والقروية .

٧ ـ صاحب السمو الملكى الأمير سعود بن فيصل
وزير الخارجية .

٨ ـ معالى الشيخ حسن بن عبد الله آل الشيخ ـ وزيرا للتعليم
العـالى .

٩ ـ معالى الشيخ محمد العلى أبا الخيل ـ وزير المالية والاقتصاد
الوطنى .

١٠ ـ معالى الشـيخ هشـام محيى الدين ناظر ـ وزير البترول
والثروة المعدنية .

١١ ـ معالى الشيخ ابراهيم بن محمد آل الشيخ ـ وزير العدل .

١٢ ـ معالى الشيخ حسين منصورى وزير المواصلات .

١٣ ـ معالى الشيخ عبد العزيز الخويطر ـ وزير المعارف .

١٤ ـ معالى الدكتور عبد الرحمن آل الشيخ ـ وزير الزراعة والمياه

١٥ ـ معالى الشـيخ ابراهيم العنقرى ـ وزير العمل والشـئون
الاجتماعية .

١٦ ـ معالى الشيخ عبد الوهاب عبد الواسع ـ وزير الحج والأوقاف

١٧ ـ الدكتور محمد عبده يمانى ـ وزير الاعلام .

١٨ ـ الدكتور حسين عبد الرازق الجزائرى ـ وزير الصحة .

١٩ ـ الدكتور علوى درويش كيال ـ وزير البرق والبريد والهاتف .

٢٠ ــ الدكتور سليمان العبد العزيز السليم ــ وزير التجارة .

٢١ ــ الدكتور غازى عبد الرحمن القصبى ــ وزير الصناعة والكهرباء

٢٢ ــ معالى الشيخ محمد ابراهيم مسعود ــ وزير الدولة وعضو مجلس الوزراء .

٢٣ ــ معالى الشيخ عبد الله محمد العمران ــ وزير الدولة وعضو مجلس الوزراء .

٢٤ ــ معالى الشيخ محمد عبد اللطيف الملحم ــ وزير الدولة وعضو مجلس الوزراء .

٢٥ ــ معالى الشيخ هشام محيى الدين ناظر ــ وزير التخطيط بالنيابة (مع تولية وزارة البترول والثروة المعدنية) .

رئاسة مجلس الوزراء :

سار العمل فى المملكة العربية السعودية على مبدأ مباشرة الملك سلطته بواسطة وزرائه مع رئاسة جلالته لمجلس الوزراء .

غير أنه جرى العمل على تعيين ولى العهد نائبا أول لرئيس مجلس الوزراء وهو صاحب السمو الملكى عبد الله بن عبد العزيز نائبا ثانيا لرئيس مجلس الوزراء ووزيرا للدفاع والطيران . ويتولى النائب الأول رئاسة مجلس الوزراء وفى حالة عدم حضوره يتولى الرئاسة النائب الثانى لرئيس مجلس الوزراء ولا يمنع هذا العرف جلالة الملك خادم الحرمين الشريفين من حضور جلسات مجلس الوزراء فقد يبدى من جليل النصح والارشاد ما يفيد الوزارة فائدة عظيمة .

وهذه العبارة الدقيقة فى دلالتها تجعل هذا الحضـــور متفقا مع ما هو مقرر فى البلاد البرلمانية بجوار رئاســة الرئيس الأعلى للدولة لمجلس الوزراء •

وحين يحضر جلالة الملك جلسة من جلسات مجلس الوزراء تكون له الرياسة الفعلية وهو الذى يدير المناقشات ويأذن بالـكلام ويأخذ الآراء وما الى ذلك •

فالمقرر فى المملكة العربية السـعودية أن اشــتراك الملك خادم الحرمين الشريفين فى مباشرة السلطة الفعلية فهو يســود ويحكم(٥) وبالتالى فان كل من يعمل قد يخطىء وقد يصيب(٦) •

قرارات مجلس الوزراء السعودى :

ان قرارات مجلس الوزراء السعودى قرارات نهائية الا ما كان يحتاج منها الى استصدار أمر أو مرسوم ملكى(٧) وحين يراد استصدار نظام فان الذى يتقدم بمشروعه الوزير المختص وفقا لما يلى :

---

(٥) وذلك بعكس المبدأ السائد فى انجلترا : « أن الملك يســود ولا يحكم » •

(٦) وذلك بعكس المبدأ السائد فى انجلترا : « أن الملك لا يخطىء »

(٧) الدكتور حسـن توفيق : الادارة العـامة فى المملكة العربيـة السعودية المنظمة العربية للعلوم الادارية ــ عدد رقم ٨٧ صادر فى يناير ١٩٧١ ــ ص ٨ •

مراحل سن النظام(٨) :

١ ـ لكل وزير الحق فى اقتراح أى مشروع نظام يدخل فى أعمال وزارته ويقدم مشروع النظام الى مجلس الوزراء • ويحال مشروع الناظم الى لجنة الأنظمة فى مجلس الوزراء لبحثه وتقديم تقرير عنه الى المجلس (المادة ٢٢ من نظام مجلس الوزراء رقم ٣٨ بتاريخ ١٢ شوال ١٣٧٧هـ) •

٢ ـ يعرض مشروع النظام وتقرير لجنة الأنظمة على مجلس الوزراء لمناقشته والتصويت عليه • ويجب أن يوافق مجلس الوزراء على مشروع النظام بعد أخذ الرأى عليه مادة مادة • ثم يصوت على المشروع كاملا وذلك حسب الاجراءات المنصوص عليها فى النظام الداخلى لمجلس الوزراء (المادة ٢١ من نظام مجلس الوزراء) •

٣ ـ يرفع مشروع الناظم بعد موافقة مجلس الوزراء عليه الى مقام الملك خادم الحرمين الشريفين للموافقة عليه وللملك حق الاعتراض على مشروع النظام • فاذا اعترض الملك على مشروع نظام معين رده الى مجلس الوزراء خلال ثلاثين يوما من تاريخ وصوله اليه مشفوعا بالأسباب التى دعت الى ذلك لاعادة بحثه (المادة ٢٣ من نظام مجلس الوزراء) •

٤ ـ يصدر الملك النظام بتوقيع جلالته على المرسوم باصدار النظام •

---

(٨) أستاذنا الدكتور جعفر عبد السلام والدكتور عماد الدين الشربينى : مقدمة أصول التشريع فى المملكة العربية السعودية ـ الطبعة الأولى ـ دار الكتاب الجامعى القاهرة ١٤٠٣ ـ ١٩٨٣م ص ٩٥ •

٥ — يكون النظام نافذ المفعول من تاريخ نشره فى الجريدة الرسمية (أم القرى) الا اذا نص فى النظام على مدة أخرى لسريانه (المادة ٢٤ من نظام مجلس الوزراء) •

اختصاصات مجلس الوزراء السعودى :

حدد المرسوم الملكى رقم ٣٨ الصادر فى ٢٢ شوال سنة ١٣٧٧هـ صلاحيات مجلس الوزراء فى المادة ١ منه التى تنص على أن :

« يرسم مجلس الوزراء السياسة الداخلية والخارجية والمالية والاقتصادية والتعليمية والدفاعية ، وجميع الشئون العامة للدولة ، ويشرف على تنفيذها • ويملك السلطة التنظيمية والسلطة التنفيذية ، والسلطة الادارية وهو المرجع للشئون المالية ولجميع الشئون المرتبطة فى سائر وزارات الدولة والمصالح الأخرى وهو الذى يقرر ما يلزم اتخاذه من اجراءات فى ذلك ولا تعتبر المعاهدات والاتفاقيات الدولية نافذة الا بعد موافقته •

وقرارات مجلس الوزراء نهائية • الا ما يحتاج منها لاستصدار أمر أو مرسوم ملكى طبقا لأحكام هذا النظام •

من هذا النص الوحيد الذى حدد اختصاصات مجلس الوزراء بالمملكة العربية السعودية نجد أنه قسم سلطات الدولة الى :

١ — سلطة تنظيمية « تشريعية » •

٢ — سلطة تنفيذية •

٣ — سلطة ادارية •

ومجلس الوزراء فى المملكة العربية السعودية هو الذى يقر الميزانية العامة للدولة(٩) .

« تصدر الأنظمة والمعاهدات والاتفاقات الدولية والامتيازات الا بموجب مراسيم ملكية يتم اعدادها بعد موافقة مجلس الوزراء (م/١٩) » .

« ولا يجوز تعديل الأنظمة أو المعاهدات الدولية أو الامتيازات الا بموجب نظام يصدر حسب المادة ١٩ من نظام مجلس الوزراء. وتنص المادة ٢١ على أن : « بيت المجلس فى مشروعات الأنظمة المعروضة عليه مادة مادة ، ثم يصوت عليها بالجملة .

التشكيلات ادارية لمجلس الوزراء :

يدخل فى تشكيلات مجلس الوزراء الادارية الشعب الآتية :

١ ــ ديوان رئاسة مجلس الوزراء .

٢ ــ الأمانة العامة لمجلس الوزراء .

٣ ــ شعبة الخبراء .

أولا ــ ديوان رئاسة مجلس الوزراء :

يرأس ديوان رئاسة مجلس الوزراء رئيس للديوان مرتبط برئيس المجلس ويعاونه مدير عام ويشرف على أعمال الديوان .

---

(٩) أقر مجلس الوزراء الميزانية العامة للدولة السعودية للعام المالى ١٣٠٩ ــ ١٣١٠ .

وتحددت المصروفات بمائة وواحد وأربعون ألف مليون ريال سعودى.

وتحددت الايرادات بمائة وست عشرة ألف مليون ريال سعودى .

ويتبع ديوان رئاسة مجلس الوزراء تسع أقسام هى :

١ ــ قسم شئون المشاريع .
٢ ــ قسم الشئون المالية .
٣ ــ قسم الشئون السياسية .
٤ ــ قسم الشئون الادارية .
٥ ــ قسم الشئون السرية .
٦ ــ قسم لشئون الموظفين .
٧ ــ قسم البرقيات .
٨ ــ قسم شئون الأجانب .
٩ ــ قسم شئون البادية (القبائل) .

ثانيا ــ الأمانة العامة لمجلس الوزراء :

يرأس الأمانة العامة للمجلس أمين عام مرتبط برئيس مجلس الوزراء ويساعده فى القيام بأعماله مشاعد ويتفرع عن الأمانة العامة ثمان أقسام هى :

١ ــ قسم المستشارون .
٢ ــ قسم الادارة .
٣ ــ قسم المكتبة .
٤ ــ قسم محاضر الجلسات .
٥ ــ قسم الادارة المالية .
٦ ــ قسم سكرتارية لجنة الأنظمة .
٧ ــ قسم سكرتارية اللجنة الادارية .
٨ ــ قسم الشئون الادارية .

ثالثا ــ شعبة الخبراء :

بناء على نص المادة ٤٥ من نظام مجلس الوزراء صدر قرار مجلس الوزراء رقم ١٦٨ بتاريخ ١٣٩٤/٢/١٢هـ بتشكيل شعبة الخبراء وتحديد اختصاصاتها •

ــ ترتبط الشعبة مباشرة بالنائب الثانى لرئيس مجلس الوزراء •

ــ تتألف الشعبة من : رئيس ومساعد الرئيس وعدد من الأعضاء الخبراء القانونيين يكون من بينهم مختصون فى فرعى المالية العامة والادارة العامة •

ــ وللشعبة ، بقدر الحاجة ، الاستعانة بخبراء ينتدبون لها بصفة عرضية من الجهات الادارية والمؤسسات العلمية •

ــ يختار رئيس الشعبة من ذوى الاختصاص العالى فى الدراسات القانونية ويشترط فى كل الأعضاء الخبراء قصى حد ممكن من التأهيل والخبرة ويكونون على درجات تبدأ بدرجة مساعد خبير •

ــ يكون لرئيس الشعبة بالنسبة لادارة جهازها ذات الصلاحيات التى يمارسها الأمين العام لمجلس الوزراء بالنسبة لجهاز الأمانة العامة ، عدا الصلاحيات التى يرى النائب الثانى لرئيس مجلس الوزراء الاحتفاظ بها لنفسه •

ــ ويتم دائما اختيار الأعضاء الخبراء وانهاء خدمتهم ونقلهم خارج الشعبة بموافقة النائب الثانى لرئيس مجلس الوزراء •

ــ تتولى الأجهزة الادارية فى الأمانة العامة لمجلس الوزراء أداء الخدمات الادارية اللازمة للشعبة فى مجال الشئون المالية وشئون الموظفين •

اختصاصات شعبة الخبراء :

حدد قرار مجلس الوزراء رقم ١٦٨ لسنة ١٣٩٤هـ اختصاصات شعبة الخبراء فيما يلى :

١ بحث ودراسة المعاملات التى تحال اليها من قبل رئيس مجلس الوزراء ونائبه ومن مجلس الوزراء ولجانه •
٢ ــ مراجعة مشروعات الأنظمة واللوائح المقــدمة من الجهات الادارية •
٣ ــ اعادة مراجعة الأنظمة السارية واقتراح تعديلها •
٤ ــ اقتراح الصياغة المناســبة لقرارات مجلس الوزراء التى تتضمن وضع قواعد عامة •

كيفية قيام شعبة الخبراء بعملها :

أولا ــ تتم احالة المعاملات عن طريق الأمانة العامة من قبل رئيس مجلس الوزراء أو نائبه أو المجلس أو لجانه المتفرعة حسب الأحوال الى رئيس الشعبة •

ثانيا ــ تتم دراسة المعاملات ذات الطابع الفردى من قبل اثنين من الخبراء على الأقل • أما المعاملات ذات الطابع العام أى الأنظمة واللوائح والقواعد العامة، سواء فى ذلك انشاؤها أو تعديلها أو الغائها فتتم دراســاتها من قبل هيئة الخبراء فى الشعبة مجتمعة ويكون أحد الأعضاء الخبراء مقررا للهيئة فى دراسة مثل هذه المعاملات ومســئولا مباشرة عن انجاز الدراســة • وفى جميع الأحوال تصــدر المذكرات والتقارير بنتائج دراسة المعاملات أيا كان نوعها باسم الشعبة وفى حالة المعاملات ذات الطابع العام يبين فى المذكرات والتقارير ما اذا كانت نتيجة الدراسة توصل اليها بالأكثرية أو بالاجماع ويحتفظ فى الشعبة بالمذكرات والتقارير الموقعة من قبل الخبراء الذين حرروها •

اجراءات دراسة المعاملات طبقا للنظام الداخلي لشعبة الخبراء :

تضمن قرار مجلس الوزراء رقم ٦٨ بتاريخ ١٣٩٤/١١/١٦هـ اجراءات دراسة المعاملات وفقا للقواعد التالية :

١ ــ تخصص الساعة الأولى من دوام كل يوم لاجتماع المستشارين فى شكل هيئة عامة لدراسة المعاملات التى تتطلب الدراسة الجماعية والمناقشة ما يستجد متعلقا بسير العمل فى الشعبة وحسن أدائها لواجباتها ، ويجوز لرئيس الشعبة عند الاقتضاء ، مد فترة الاجتماع أو تقصيرها ، أو تقرير عقد اجتماعات أخرى (المادة الأولى).

٢ ــ تدرس مشاريع الأنظمة واللوائح والقواعد العامة وكذلك المعاملات التى تحتوى على تقارير سابقة أثناء الاجتماعات الصباحية (المادة الثانية) .

٣ ــ تقرر نتائج الدراسة لمشاريع الأنظمة واللوائح والقواعد العامة المنشئة والمفسرة وتقرر السوابق بأغلبية آراء المستشارين المشتركين فى الاجتماع (المادة الرابعة) .

٤ ــ عند اجراء تغيير جوهرى فى مشروع أى نظام أو لائحة يتعين على المستشار المقرر استطلاع رأى الجهة التى أعدته عن طريق اشتراك مندوب عنها (المادة الخامسة) .

٥ ــ يتقيد المستشارون عند دراستهم للمعاملات المحالة اليهم بالسوابق التى تقرر هيئة الخبراء التزامها . فاذا رأى المستشار مخالفة السابقة وجب عرض الموضوع على الهيئة مجتمعة (المادة السادسة) .

٦ ــ عند اقتضاء دراسة أية معاملة يجوز للمستشار الاطلاع على

الأعمال التحضيرية لأى قرار من قرارات مجلس الوزراء وذلك عن طريق ترتيبات يتفق عليها بين الأمين العام لمجلس الوزراء ورئيس الشعبة (المادة التاسعة) •

٧ — يخاطب رئيس الشعبة الوزراء ورؤساء المصالح الحكومية أو الموظفين فى المستويات الأدنى لأغراض دراسة المعاملات كاستيفاء معلومات ناقصة أو طلب أوراق تتصل بالموضوع أو طلب تعيين مندوبين أو للاستعانة بخبراء (المادة العاشرة) •

المبحث الثالث

الوزارات

ان تعدد وظائف السلطة الادارية المركزية وتشعبها يجعل من المتعذر قيام هيئة ادارية واحدة أو رئيس ادارى واحد بجميع المهام الملقاة على عاتق هذه السلطة • ولهذا كان من الواجب لضمان حسن سير الجهاز الادارى توزيع العمل الادارى بين هيئات أو وحدات ادارية تباشر كل وحدة منها قدرا معينا من الاختصاصات الادارية المركزية •

وتعدد الوحدات أو الأقسام الادارية يقتضى اخضاعها جميعا لسلطة عليا واحدة تتولى رسم السياسة العامة التى تسير عليها تنسق العمل بينها وهذه السلطة هى مجلس الوزراء ويعتبر فى علاقته بالسلطة الادارية بمثابة القائد الموجه •

ومن هنا كان التنظيم الادارى السليم فى كل دولة يقتضى وجود سلطة قيادة واحدة تتبعها أقسام أو وحدات ادارية متعددة تتولى

الوظيفة الادارية تحت اشرافها ورقابتها وفقا للسياسة العامة(١) يرسمها مجلس الوزراء ويقرها خادم الحرمين الشريفين جلالة الملك.

والوزارات أقسام ادارية رئيسية يرأس كل قسم (وزارة) رئيس فرد يجمع فى يده السلطة والمسئولية ، ويختص كل قسم منها بجزء من اختصاصات السلطة الادارية فى الدولة .

وتنشأ الوزارات لتحقيق غرض محدد أو تقديم نوع معين أو مجموعة متشابهة من الخدمات . وعلى هذا الأساس يحدد عدد الوزارات واختصاص كل منها .

وتقتضى مبادىء التنظيم السليم كما يقول أستاذنا المرحوم الدكتور محمد فؤاد مهنا(٢) : بجمع كل الأعمال التى من نوع واحد فى يد وزارة واحدة . فلا تنشأ أكثر من وزارة للقيام بنوع واحد من الأعمال أو بأعمال متشابهة فى النوع وأن لا يزداد عدد الوزارات عن حد معين حتى يسهل التنسيق بين أعمالها .

ويلاحظ أستاذنا العميد الدكتور سليمان الطماوى(٣) فى جميع الدول أن عدد الوزارات فى ازدياد مستمر ، وأن هذه الزيادة تبلغ

---

(١) المرحوم الأستاذ الدكتور محمد فؤاد مهنا : سياسة الاصلاح الادارى وتطبيقاتها ـ دار المعارف ١٩٧٨ ـ ص ٣٦٧ .

(٢) المرحوم أستاذنا الدكتور محمد فؤاد مهنا : الوزارات وتنظيمها فى ضوء مبادىء علم التنظيم ـ بحث بمجلة الحقوق البحوث القانونية والاقتصادية ـ السنة الثامنة ـ العددان الأول ، والثانى ١٩٥٩ والمجلة تصدرها كلية الحقوق بجامعة الاسكندرية ص ١٣٢ .

(٣) أستاذنا العميد سليمان محمد الطماوى : النظم السياسية والقانون الدستورى دراسة مقارنة ١٩٨٨ ـ بدون دار نشر أو مطبعة ص ٥٤١ .

أقصى مداها فى الدول الاشـــتراكية ويترتب على تعـدد الوزارات مشاكل كثيرة :

ـ الاسراف فى النفقات العامة .

ـ تتداخل الاختصاصات بين الوزارات المتشابهة مما يؤدى الى كثير من المنازعات بين الادارات والمصالح الى استشـكال الأمر على الأفراد .

ولهذا عملت بعض الدول ومنها الملـكة العربية السـعودية على الحد من تعدد الوزارات فى غير ما ضرورة الى حد ان اشتراط بعضها ألا تنشأ الوزارات الا بقانون(٤) .

الوزارات فى المملكة العربية السعودية :

كان يوجد فى المملكة العربية السعودية حتى بداية السـبعينات فى القرن الهجرى المـاضى أربع وزارات هى :

١ ـ وزارة الداخلية .

٢ ـ وزارة الخارجية .

٣ ـ وزارة المـالية .

٤ ـ وزارة الدفاع .

ولقد بلغ اليوم عدد الوزرات فى المملكة العربية السعودية وطبقا للتشكيل الأخير برئاسة الملك فهد بن عبد العزيز أنى خمس وعشرين وزارة .

---

(٤) أستاذنا العميد الدكتور سليمان الطماوى : النظم السياسية والقانون الدستورى ص ٥٤٣ .

ان معظم الوزارات فى المملكة العربية السعودية كان يستند منذ انشائها على قاعدة تنظيمية ثم ارساء دعائمها قبل عملية الانشاء بزمن ليس قصير ، وهذا ما عمل على تمكين هـذه الوزارات من ممارسـة نشاطاتها ووظائفها منذ بدايات انشائها كما أن ذلك مكنها أن تتحرك فى اتجاه التكامل البنيوى بصورة سريعة (٥) .

وطبقا لقانون مجلس الوزراء يختص الوزير بالاختصـاصـات الآتيـة (٦) :

- وضع السياسة العامة للوزارة والاشراف على تنفيذها .
- تحديد نظام العمل بالوزارة واصدار اللوائح المتعلقة بالتنظيم الادارى لها بناء على اقتراح من وكيل الوزارة .
- البت فى مشروعات الانظمة (القوانين) المتعلقـة بوزارتـه والتى تصدر بموجب مراسيم ملكية أو قرارات من الوزارة .
- اصدار القرارات الوزارية « واللوائح التنفيذية » سـواء الخاصة بقرارات مجلس الوزراء أو بقرارات الوزير الفردية .
- له حق تشكيل هيئة أو لجنة تتولى التحرى والبحث فى المسائل المتعلقة بالمصالح والادارات التابعة للوزارة .

---

(٥) دكتور عبد المعطى محمد عساف : التنظيم الادارى على مستوى الوزارات فى المملكة العربية السعودية ــ بحث منشور بمجلة العلوم الادارية ــ العدد الأول ــ يونية سنة ١٩٨٦ ص ١٦٣ .

(٦) دكتور مصطفى أحمد فهمى : المجالس المحلية بالمملكة العربية السعودية الاصدار رقم ٧٣ للمنظمة العربية للعلوم الادارية ص ٨ .

ـ والوزير مسئول أمام رئيس مجلس الوزراء تصرفاته فى حدود سلطاته السابقة •

الوزرات الحالية فى المماكة العربية السعودية وهى :

١ ـ وزارة الخارجية :

أنشأت عام ١٣٤٩هـ وتتولى مهام السياسة الخارجية والتمثيـل السياسى للمماكة العربية السعودية ويتولى وثار الخارجية صاحب السمو الملكى/سعود بن فيصل •

٢ ـ وزارة الدفاع والطيران المدنى :

أنشأت عام ١٣٦٥ هـ وتتولى الأمور العسكرية فى المملكة وتتولى مهام الحفاظ على الأمن القومى الخارجى من زاوية عسكرية حيث هى التى تقع على عاتقها الدفاع عن المملكة العربية السعودية وحمايتها من أى اعتداء خارجى • كما تتولى الوزارة أيضا مسئولية الطيران المدنى وذلك بعد تأسيس مصلحة الخطوط الجوية العربية السعودية •

ويتولى منصب وزير الدفاع والطيران هو صاحب السمو الملكى الأمير سلطان بن عبد العزيز النائب الثانى لرئيس مجلس الوزراء •

٣ ـ وزارة الداخلية :

أنشأت عام ١٣٥٠ هـ وتتولى بكافة الأمور الداخلية لمجتمع المملكة وتتولى تحقيق النظام العام فى المملكة بمدلولاتهـا الثلاثـة ـ حفظ الأمن ـ حفظ الصحة العامة ـ حفظ السكينة العامة •

وألحقت بوزارة الداخلية مختلف الدوائر التى تمارس أعمـال الخدمات العامة المختلفة كالصحة والتعليم والبريد والبرق والتليفونات

كل هذا بالاضافة الى أعمال الأمن الداخلى الذى أصبح فيما بعد يمثل المحور الأساسى لنشاطات وزارة الداخلية •

ويتولى منصب وزارة الداخلية صاحب السمو الملكى الأمير / نايف بن عبد العزيز •

٤ ــ وزارة العدل :

تأسست عام ١٣٩٠ هـ ويختص بادارة القضاء وكل ما يتعلق بالمحاكم والقضاة • ويتولى وزارة العدل معالى الشيخ/ابراهيم محمد آل الشيخ •

٥ ــ وزارة الزراعة والمياه :

تأسست عام ١٣٧٣ هـ وتتولى مسئولية تطوير القطاع الزراعى فى المملكة بوضع الخطط والسياسات الزراعية الدقيقة مع توفير التقاوى والبذور والكيماويات اللازمة لمقاومة الآفات مع توفير المهندسين الزراعيين •

ويتولى وزير الزراعة والمياه معالى الدكتور/عبد الرحمن آل الشيخ •

٦ ــ وزارة الصناعة والكهرباء :

وتأسست عام ١٣٩٦ هـ وتتولى تنفيذ السياسة التصنيفية للدولة وتشرف هذه الوزارة على قطاع الكهرباء الذى يمكن اعتباره من قطاع الخدمات • يتولى وزير الصناعة والكهرباء الدكتور/غازى عبد الرحمن القصيبى •

٧ ـ وزارة البترول والثروة المعدنية :

وتأسست عام ١٣٨٠ هـ • وتتولى الأعمال المتصلة بالبترول والطاقة والثروة المعدنية فى جوف الأرض أى تتولى الصناعات الاستخراجية • وتتولى أعمال استخراج البترول ثم القيام بالصناعات الناتجة عنـــــه كما تتولى أعمال الصناعات الهيدروكربونية والبتروكيماوية •

ويتولى وزير البترول والثروة المعدنية معالى الشيخ / هشـــام محيى الدين ناظر •

٨ ـ وزارة الصحـــة :

تأسست عام ١٣٧١ هـ • وتتولى مسئولية تقديم كافة الخدمات الصحية اللازمة فى المملكة للمواطنين وحجاج بيت الله والمعتمرين وذلك ببناء المستشفيات والمصحات لوقاية الموجودين فى المملكة من أيـــة أوبئة أو أمراض ويتولى وزير الصحة الدكتـــور/حسين عبد الرازق الجزائرى •

٩ ـ وزارة المواصلات :

وقد تأسست عام ١٣٧٢ هـ • وتختص بربط المملكة العربيـــة السعودية داخليا وخارجيا بشبكة من الطرق والاشراف على عمليات النقل الداخلى البرى والمتمثل فى السكك الحديدية وشاحنات النقـــل ونقل الركاب وعمليات النقل الخارجى بواسطة النقـــل البحـــرى والشاحنات • ويتولى وزير المواصلات معالى الشيخ/حسين منصورى

١٠ ـ وزارة المعارف :

وقد تأســست عام ١٣٧٣ هـ • وتتولى كل الشئون المتعلقة بالتعليم والارتقاء به ، وتوفير الكفاءات السعودية فى كافة المجـــالات وتتولى

مهمة التعليم بوجه عام من أول برامج محلاو الأمية والمدارس المهنية والمدارس الابتدائية والمدارس الثانوية السعودية .

ويتولى وزير المعارف معالى الدكتور/عبد العزيز الحويطر .

١١ ـ وزارة العمل والشئون الاجتماعية :

تأسست عام ١٣٨٠ هـ وتتولى التدريب المهنى للعاملين وكل ما يتعلق بالعمل والعمال والمشاكل التى تنشأ بين العمال وأصحاب الأعمال .

وتتولى مهام التأمين الاجتماعى .

ويتولى وثير العمل والشئون الاجتماعية معالى الشيخ/ابراهيم العنقرى .

١٢ ـ وزارة التعليم العالى :

وتأسست عام ١٣٩٥ هـ . وتتولى كل ما يتعلق بالنشاطات المتعلقة بسياسة التعليم العالى فى المملكة فى كافة الجامعات السعودية والمعاهد العليا . كما تشرف على بعثات طلاب الجامعات السعودية الى الخارج للحصول على الدرجات العلمية أو جمع المادة العلمية أو التدريب .

ويتولى وزير التعليم معالى الشيخ/حسن بن عبد الله آل الشيخ

١٣ ـ وزارة البرق والهاتف :

تأسست عام ١٣٩٥ هـ وتتولى جميع أعمال التليفونات من حيث انشاء السنترالات وصيانتها لتوفير الاتصال بجميع المناطق داخل المملكة وخارجها فى العالم الخارجى . بالاضافة الى تركيب التلكسات وأجهزة التلغراف بالعربية والأجنبية فى جميع المناطق لتيسير سبل الاتصال الداخلى والخارجى وتتولى أعمال البريد الداخلى والخارجى

ويتولى وثير البرق والبريد والهاتف الدكتـــور/علوى درويش كيـــال •

١٤ ـــ وزارة الاشغال العامة والاسكان :

تأسست عام ١٣٨٣ هـ وتتولى مهمـــة الاشراف على مشــاريع الحكومة المختلفة ، وعلى ادارة سياسة الاسكان العامة التى تقـــوم بهـــا الدولة ، وتعول مسئولية بناء المساكن الشعبية للمواطنين •

ويتولى الوزارة صاحب السمو الملكى الأمير متعب بن عبد العزيز

١٥ ـــ وزارة الحـــج :

وتأسست عام ١٣٨١ هـ وتتولى كافة الشئون المتعلقـــة بشـــئون الحج والحجاج والأوقاف •

ويتولى وزير الحج والأوقاف معـــالى الشـــيخ/عبد الوهـــاب عبد الواسع •

١٦ ـــ وزارة الاعـــلام :

تأسست عام ١٣٨٢هـ • وتتـــولى كافة المهام المتصلة بالاعـــلام والاتصلال الجماهيرى سواء فى الاذاعة أو التليفزيون أو الصحافـــة أو المطبوعات والكتب والفيديو •••• الخ •

ويتولى وزير الاعلام الدكتور محمد عبده يمانى •

١٧ ـــ وزارة التجارة :

تم تأسيسها عام ١٣٧٣هـ ويتولى مهام ادارة القطـــاع التجارى

الداخلى والخارجى فى المملكة بهدف تنظيمه وضبط حركته بما ينسجم والعلاقات المملكة الخارجية •

ويتولى وزير التجارة الدكتور/سليمان العبد العزيز السليم •

١٨ ـــ وزارة الشئون البلدية والقروية :

أنشأت عام ١٣٧٣ هـ وتتولى الاشراف على أعمال البلديات المختلفة فى المملكة ما عدا ما يتعلق بمدينة الرياض التى يختص بها مجلس الوزراء •

ويتولى وزير الشئون البلدية والقروية صاحب السمو الملكى الأمير ماجد بن عبد العزيز •

١٩ ـــ وزارة المالية والاقتصاد :

تأسست عام ١٣٥١ هـ وتتولى مهمة ادارة الأموال العامة الخاصة بالدولة سواء بجباية هذه الأموال أو توزيعها ويتولى وزير المالية معالى الشيخ/محمد العلى أبا الخيل •

٢٠ ـــ وزارة التخطيط :

تم تأسيسها عام ١٣٩٥ هـ وتتولى مهام التخطيط الهام فى جميع المجالات فى المملكة العربية السعودية •

ويتولى وزير التخطيط بالنيابة حاليا معالى الشيخ / هشام محيى الدين ناظر بالاضافة لعمله كوزير للبترول والثروة المعدنية •

المبحث الرابع

الهيئات المستقلة التى تخدم على المستوى العام للملكة العربية السعودية

أدركت السلطة العامة أن التطور والتعقد والتضخم الذى أصبحت تتميز به وظيفة الدولة المعاصرة • أصبح يفرض على السلطة الادارية « التنفيذية » العامة فى الدولة أن تبنى أجهزتها التنفيذية المختلفة وأن تمارس وظائفها المتنوعة بالاستناد الى قواعد علمية تضمن لهذه الأجهزة ولتلك الممارسات فعاليتها •

ومن هنا صار من اللازم على السلطة العامة أن تستند الى قواعد الادارة العامة العلمية كمدخل أساسى لانجاز كل ذلك ، سواء تعلقت هذه القواعد بعمليات التخطيط أو التنظيم أو التوظيف أو التمويل أو الرقابة أو التطوير ••• الخ من العمليات الفرعية التى تشكل مجموعها ما تسميه بوظائف العملية الادارية العامة •

ولتحقيق ذلك نجد أن : « السلطة العامة تقوم بانشاء أجهزة متخصصة فى هذه العمليات ، لتبرز كأجهزة مساعدة لها وتستند اليها فى ممارسة هذه المهام المتمثلة فى تطبيق قواعد الادارة العامة فى مجال الأجهزة الحكومية المختلفة (١) •

---

(١) دكتور عبد المعطى محمد عساف : الجوانب التنظيمية لأجهزة الادارة المركزية على مستوى التنظيم الحكومى فى المملكة العربية السعودية ــ بحث بمجلة العلوم الادارية ــ السنة الثلاثون ــ العدد الأول • يونيه ١٩٨٨ ــ ص ١٦١ •

والأجهزة أو الهيئات المستقلة التى تخدم على المستوى العـــام للمملكة هى :

١ ــ الديوان العام للخدمة المدنية •

٢ ــ الإدارة المركزية للتنظيم والادارة •

٣ هيئة الرقابة والتحقيق •

٤ ــ هيئة التأديب •

٥ ــ ديوان المراقبة العامة •

٦ ــ ديوان المظالم •

الفـــرع الأول

الديوان العام للخدمة المدنية

تم تأسيس الديوان العام للخدمة المدنية عام ١٣٩٧ هـ ــ ١٩٧٧م أثر صدور المرسوم الملكى رقم ٤٨ بتاريخ ١٣٩٧/٧/١٠ هـ •

ويتولى ديوان الخدمة المدنية المهام والمسئوليات الآتية :

(أ) اقتراح الأنظمة واللوائح المتعلقة بشئون الموظفين لاصدارها بالطرق النظامية •

(ب) الاشراف على تنفيذ جميع الأنظمة واللوائـــح والقـــرارات المتعلقة بشئون الموظفين واصدار التعليمات اللازمة •

(ج) ابداء الرأى فى المسائل المتعلقة بشئون الموظفـــين واجـــراء الدراسات والبحوث المتعلقة بذلك •

(د) الاعلان عن الوظائف الشاغرة واجراء الاختبارات والترشيح للوظائف الشاغرة .

(هـ) تصنيف الوظائف .

(و) دراسة الرواتب والأجور والبدلات والتعويضات والمكافآت واقتراح اعادة النظر فيها .

(ز) دراسة الوظائف المطلوبة لبيان الفئات المناسبة لهـا وفقـا لقواعد التصنيف .

(ح) اقتراح السياسة العامة لتدريب الموظفين واقتراح الوسائل التى تؤدى لتنفيذ الأنظمة واللوائح والقـرارات المتعلقـة بشـئون الموظفين وضبط السجلات الخاصة بالتعيينات والترقيات والنقل وغير ذلك من الأمور التى تتعلق بادارة الموظفين .

(ط) فحص تظلمات الموظفين المحالة من الجهات المختصة وابداء الرأى فيهـا .

(ى) الاختصاصات الأخرى التى يسندها الى مجلس الوزراء أو تسندها اليه الأنظمة واللوائح وقرارات مجلس الخدمة المدنية(٢) .

التنظيم الادارى لمجلس الخدمة المدنية (٣)

١ ــ رئيس الديوان العام للخدمة المدنية :

بمرتبة وزير ويتم تعيينه بأمر ملكى ورئيس الديوان هو الـذى

---

(٢) دكتور أحمد الصباب والأستاذ محمد محمد محجوب : شئون الموظفين ــ دار المجمع العلمى بجدة ١٩٧٨م .

(٣) مرسوم ملكى رقم م/٤٨ بتاريخ ١٣٩٧/٧/١٠هـ بنظام مجلس الخدمة المدنية .

يمثل مجلس الخدمة المدنية مع الجهات المختلفة وعلى رئيس الديوان العام الخدمة المدنية أن يرفع تقريرا كل ستة أشهر الى مجلس الخدمة المدنية يبين فيه انجازات الديوان العام للخدمة المدنية وعلى مجلس الخدمة المدنية رفع التقرير الى رئيس مجلس الوزراء مشفوعا بدراسة شاملة للمشاكل التى تواجه شئون الخدمة المدنية .

وللرئيس نائب رئيس يحل محله ويشرف على الادارات المختلفة عدا الادارة القانونية وادارة التخطيط .

٢ ـ الادارة القانونية :

وهى تتبع رئيس الديوان العام للخدمة المدنية وتختص بمايأتى:

١ ـ اعداد مشروعات الأنظمة (القوانين) المقترحة .

٢ ـ تقديم المشورات فيما يتعلق بالموضوعات القانونية .

٣ ـ تقديم المشورات فيما يتعلق بعقود التأمينات للديوان .

٤ ـ تمثيل الديوان فى النواحى القانونية .

٥ ـ دراسة وابداء الرأى فى القرارات والقضايا الخاصة بالموظفين والمستخدمين الخاضعين للانظمة المدنية .

٣ ـ ادارة التخطيط وتطوير الخدمة :

وتتبع رئيس الديوان وتختص :

(أ) دراسة الاحتياجات طويلة المدى القوى البشرية العاملة .

(ب) دراسة الاحصائيات العامة لشئون الموظفين .

(ج) سياسة التدريب وبرامجه •

(د) برامج التقييم •

(هـ) مواد التقرير السنوى الذى يعد للرئيس •

٤ ــ ادارة التفتيش والمتابعة :

تعمل تحت الرئاسة المباشرة لنــائب رئيس الديــوان ويختص بمــا يلى :

١ ــ التفتيش المفاجىء لوحدات الديوان للتأكد من الاجراءات وتحديد المخالفات •

٢ ــ اجراء التحقيقات وفق توجيهات المســئولين فى الديــوان وابلاغ النتائج للجهات صاحبة الطلب •

٣ ــ الاطلاع على مدى تنفيذ ادارات شئون الموظفين فى الوزارات والمصالح الحكومية مع أنظمة الموظفين والأحكام والتعليمات وتقــديم التقارير اللازمة •

٤ ــ تمثيل الديوان بالاشتراك مع اللجان التى تدرس مشاكل الموظفين ومشاكل الادارات •

٥ ــ ادارة علاقات الموظف :

تتبع نائب رئيس الديوان وتختص بما يلى :

١ ــ تقديم النصائح للموظفين لحل مشاكلهم •

٢ ــ تحليل ودراسة المشاكل الخاصة بشئون الموظفين •

٣ ــ تنظيم اجراءات تقديم التظلمات والتعاون مــع الوزارات والمصالح الحكومية فى تطبيقها •

٦ ـ الادارة العامة للتوظيف والامتحانات :

وتتبع نائب الرئيس وتختص بما يلى :

(أ) اجراء البحوث والدراسات القائمة فى الدولة للقوى البشرية العـاملة .

(ب) تكوين ودراسة الشروط المتطلبة فى شاغلى الوظائف .

(جـ) الاعلان عن الوظائف التى يطلب شغلها .

(د) توزيع خريجى الجامعات والمعاهد والناجحين فى المسـابقات العامة على الأجهزة الحكومية حسب الاحتياج .

٧ ـ الادارة العامة للتصنيف :

تتبع نائب الرئيس وتختص بما يلى :

(أ) تصنيف وظائف الدولة وتحديد مراتبها .

(ب) دراسة الرواتب والأجور والبدلات والتعويضات .

(جـ) دراسة المؤهلات المحددة للوظائف .

(د) دراسة الباب الأول من الميزانية فيما يتعلق بالوظائف .

٨ ـ الادارة العامة لشئون الموظفين :

وتتبع نائب الرئيس وتختص بما يلى :

(أ) التدقيق والاعتراض على مخالفات الموظفين .

(ب) حفظ ملفات الموظفين .

(جـ) تسجيل مخالفات الموظفين .

(د) عمل بيانات الخدمة لعموم الموظفين والمستخدمين والتصديق على الخدمة العسكرية .

(هـ) ابداء الرأى عند التعاقد وتجديد العقد .

(و) الاعداد لاجتماعات ومؤتمرات الموظفين .

٩ ــ الادارة العامــة :

تتبع نائب رئيس الديوان وتختص بما يلى :

١ ــ اعداد ميزانية الديوان .

٢ ــ تأدية خدمات موظفى الديوان .

٣ ــ تنفيذ عمليات المناقصات والمزايدات .

٤ ــ تأدية أعمال الاتصالات الادارية والترجمة .

٥ ــ الاشراف على أعمال الصيانة والحركة والمستخدمين .

هـذا : ولمجلس الخدمة المدنية فرعـان اقليميـان بالمنطقتـين الشرقية والغربية .

الفــرع الثــانى
الادارة المركزية التنظيم والادارة

تتولى الادارة المركزية للتنظيم والادارة تقديم المشورة لوحدات التنظيم والادارة المختلفة . فهى تساعد فى تأسيس وتنظيم وحـدات التنظيم والادارة فى الأجهزة الحكومية المختلفة وتمدها بالمساعدة الفنية لزيادة كفايتها وقدرتها على الآداء ، وتتابع أعمالها وتستخلص النتائج، كما تساعد الادارة المركزية فى تنمية كفاءة موظفى تلك الوحدات وذلك بعقد دورات تدريبية لهم ، واختيار المراجع العلمية التى تتعلق بطبيعة عمل التنظيم والادارة وللادارة المركزية للتنظيم والادارة دور هـام ذو شقين رئيسيين : ــ

(أ) تقوم بدورها كجهاز مركزى موكل اليه أعمال ومسئوليات التنظيم فى الدولة بوجه عام ولقد حدد هذا الدور القرار الصادر من صاحب السمو وزير المالية والاقتصاد رقم ١٦٢٩/١٨/١ بتاريخ ٢٤/٨/١٣٨٧ هـ •

(ب) تقوم بدورها كأداة متخصصة فى التنظيم والادارة لخدمة وزارة المالية والاقتصاد الوطنى وهذا يقدم نموذجا لأعمال وحدة التنظيم والادارة تحذو حذوة الوزارات الأخرى والادارات الحكومية المختلفة وذلك بموجب قرار وزير المالية والاقتصاد رقم ١٦٣٠/١٨/١ بتاريخ ٢٤/٨/١٩٨٧ م • "

اختصاصات الادارة المركزية للتنظيم والادارة نحو جهاز الدولة ككل :

ــ تطوير الأساليب التنظيمية فى الأجهزة الحكومية المختلفة فى جميع المستويات ووضع معدلات الآداء المناسبة ونشرها للاسترشاد بها فى تنظيم هذه الأجهزة وتحديد حاجاتها من القوى العاملة •

ــ مراجعة مشروعات انشاء الاجهزة الجديدة قبل ادراجها فى الميزانية ومراجعة اعادة التنظيم أو تعديل اختصاصات الأجهزة القائمة قبل اعتمادها من السلطة المختصة •

ــ اعداد وابداء الرأى فى مشروعات الأنظمة واللوائح المتعلقة بالنواحى التنظيمية والادارية ومراجعة الأنظمة القائمة بغرض العمل على تطويرها وتنسيقها عندما يطلب اليها ذلك •

ــ التعاون مع معهد الادارة العامة فى تنسيق وعقد دورات تدريبية خاصة لموظفى التنظيم والادارة العاملين فى الوزارات والأجهزة

الحكـومية واختيار المراجع العلمية التى تتعلق بطبيعة عمـل التنظيم والادارة •

ــ المساعدة فى تأسيس وتنظيم وحدات التنظيـم والادارة فى الأجهزة الحكومية المختلفة والتنسيق بين أعمالها •

ــ الاشتراك مع الادارة العامة للميزانية بوزارة المالية والاقتصاد فى تحليل طلبات احداث الوظائف الجديدة فى الوزارات وأجهزة الدولة الأخرى •

ــ نشر دليل عن التنظيم والادارة لأجهزة الحكومة •

ــ متابعة البحوث والتطورات الحـديثة فى التنظيـم والادارة لتحسين العمل وتبسيط الاجراءات •

ــ تنسيق العمل مع مصلحة الاحصاءات العامة للقيام بالدراسات اللازمة للاستفادة من استعمال الآلات المكتبية الالكترونية فى تيسـير أعمال الحكومة وضمان وقتها والعمل على تنظيم وتنسيق استخدامهـا من قبل الأجهزة الحكومية •

ــ ابداء الرأى فى المشكلات التى تحال للادارة ومعالجتهـا فى ضوء مفاهيم التنظيم والادارة الحديثة •

الفـــرع الثـالث

هيئة الرقابة والتحقيق

أنشئت هيئة الرقابة والتحقيق بالمرسوم الملكى رقم م/٧ بتاريخ ١٣٩١/٢/١ هـ بناء على قرار مجلس الوزراء الموقـر رقم ١٠٢٣ فى ١٣٩٠/٢/٢٨ هـ •

وهيئة الرقابة والتحقيق تختص بالرقابة والتحقيق مع الموظفين مع عدم الاخلال بسلطة الجهة الادارية المعنية فى الرقابة وفحص الشكاوى والتحقيق فيها :

١ ـ اجراء الرقابة اللازمة للكشف عن المخالفات المالية والادارية

٢ ـ فحص الشكاوى التى تحال اليها من الوزراء المختصين أو من أى جهة رسمية مختصة عن المخالفات المالية والادارية •

٣ ـ اجراء التحقيق فى المخالفات المالية والادارية التى تكشف عنها الرقابة وفيما يحال اليها من الوزراء المختصين أو من جهة رسمية مختصة •

٤ ـ متابعة الدعوى التى تحال طبقا لنظام تأديب الموظفين الى هيئة التأديب •

التنظيم الادارى لهيئة الرقابة والتحقيق :

(أولا) ـ رئيس هيئة الرقابة التحقيق :

هو المسئول عن الاشراف على أعمال الهيئة وتنظيم وادارة وتطوير أعمالها وله سلطة وصلاحيات الوزراء ورؤساء الدوائر المستقلة وله أن ينيب عنه وكلاء الهيئة أو أحدهم فى بعض صلاحياته •

ومن مهام رئيس الهيئة بالاضافة الى سلطاته فى نظام تأديب الموظفين ما يلى :

١ ـ يتم عن طريقه الاتصال بالجهات العليا والوزارات كما يتم عن طريق رئيس الهيئة احالة المعاملات والقضايا الى أجهزة الهيئة المختصة •

٢ ــ اصدار القرارات والتعليمات اللازمة لترتيب وتنظيم العمل وتحقيق التنسيق بين نشاطات أجهزة الهيئة والأجهــزة الحــكومية المختصــة والاشراف على اعداد خطط وبرامج العمل ومتابعة تنفيذها من قبل جميع العاملين فى جهاز الهيئة .

٣ ــ الاشراف على اعداد مشروع ميزانية الهيئة .

٤ ــ بحث الشكاوى واجراء التحريات واتخــاذ مايــراه فى أى مخالفة مالية أو ادارية من أى وحدة من وحدات الادارة الحكومية أو أية جهة تخضع لرقابة الدولة .

٥ ــ فحص سجلات ووثائق الوحدات الادارية كما يجــوز لــه دخول المرافق العامة وتفتيشها .

٦ ــ طلب استدعاء أى شخص بالحضور لأداء الشهادة أو تقديم وثائق تتعلق بموضوع التحقيق الذى يجريه فان كان موظفــا يكــون استدعاؤه عن طريق عمله .

٧ ــ انشاء فروع للهيئة متى اقتضت مصلحة العمل ذلك .

(ثانيا) مكاتب تتبع رئيس الهيئة مباشرة :

١ ــ مكتب رئيس الهيئة : يقوم بالأعمال المعتاد أن يقوم بهــا مكاتب الوزراء أو رؤساء الادارات المستقلة .

٢ ــ مكتب المستشارين : وهو يضم عددا من المستشارين فى مختلف التخصصات ويرأسهم كبير المستشارين .

ويختص مكتب المستشارين بالاختصاصات الآتية : ــ

(أ) دراسة الموضوعات والقضايا التى من رئيس الهيئة أو أحد الوكلاء وابداء الرأى النظامى فى (القانون) فيها .

(ب) تقديم المشورة فيما تتطلبه أعمال الهيئة من استشارات •

(ح) مراجعة القضايا المقترح حفظها •

(د) معاونة المحققين فيما قد يطلبونه من استشارات •

(ه) تمثيل هيئة الرقابة والتحقيق فى اللجان والقضايا الهامة •

(و) اعداد مشروعات التعليمات والقرارات التى يصدرها الرئيس •

(ز) اعداد قرارات الاحالة الى هيئة التأديب •

٣ ـ ادارة تسجيل القضايا والتقارير :

وتختص بالآتى :

(أ) الاحتفاظ بالقضايا المحالة اليها مع تصنيفها وتسجيلها ومتابعة ما يحتاج منها الى اجراءات •

(ب) قيد القضايا المحالة لهيئة التأديب بالتسلسل الرقمى فى سجل القضايا السنوى من واقع قرار الاحالة •

(ج) تزويد رئيس الهيئة ووكلائها والمستشارين بكل ما يطلب منها •

(د) اعداد بيانات احصائية عن القضايا المحالة اليها كل ستة شهور •

(ه) الاحتفاظ بصورة من كل تقرير أعد من قبل الادارات •

(ثالثا) وكيل الهيئة لشئون الرقابة (الادارية والمالية) :

هو المشرف والمسئول عن أعمال الرقابة وادارتها ويتولى تنظيم العمل وتوجيهه بواسطة المسئولين فى ادارته وتوجه اليه المعاملات

الخاصة بالرقابة لاتخاذ اللازم بشأنها • ويرفع التقارير والنتائج الى رئيس الهيئة ويمارس الصلاحيات المفوضة له من رئيس الهيئـة

كمـا يختص :

١ ــ بوضع الاجراءات اللازمة لمراعاة السرية التامة فى الأعمال التى تتطلب ذلك •

٢ ــ الاشراف على وضع التقارير السرية والدورية عن موظفى الرقابة الدائمين والمؤقتين •

٣ ــ الاشراف على اعداد وتنظيم السجلات والبطاقات والملفات اللازمة لتنظيم العمل فى أقسام جهاز الرقابة •

٤ ــ رفع تقرير دورى كل ستة شهور الى رئيس الهيئة متضمنا نشاطات أقسام جهاز الرقابة وأعماله ومدى ما قد يواجهه من صعوبات واقتراح وسائل التحسين والتطوير •

٥ ــ القيام بالاختصاصات التى يكلفه بها رئيس الهيئة •

رابعا : ادارة الرقابة الادارية :

ترتبط مباشرة بوكيل الهيئة للرقابة ومع عدم الاخلال باختصاصات مجلس الخدمة المدنية والادارة المركزية للتنظيم والادارة •

تختص ادارة الرقابة الادارية بما يلى :

١ ــ الكشف عن المخالفات الادارية واتخاذ الاجراءات اللازمـة بشأنها •

٢ ــ مراقبة تفويض الصلاحيات والمسئوليات وفقا للنظم المعتمدة واللوائح المقررة الصادرة المنظمة لذلك •

٣ ــ الكشف عن المخالفات الناتجـة عن التقصـير فى الرقابـة الداخلية فى الوحدات الادارية •

٤ ــ اقتراح وسائل لعلاج اللازمة فى حالة وقوع حوادث الاهمال أو المخالفات الادارية واحالتها للجهات المختصة •

٥ ــ التعاون مع مجلس الخدمة المدنية فى الكشف عن المخالفات الخاصة بشئون الموظفين فيما يتعلق بشرعيتهـا كالتعيين والترقيـة والعلاوات والبدلات وما فى حكمها •

٦ ــ ابلاغ الجهات المختصة عن أوجه القصور فى التنظيم التى تتكشف لها من خلال أعمالها وذلك بالاتصال بالجهات المتخصصة •

٧ ــ التعاون مع ديوان المراقبة العامة عند اكتشافه لمخـالفات ادارية أثناء مباشرته لاختصاصاته المالية •

٨ ــ فحص البلاغات والشكاوى المتعلقة بالنواحى الادارية •

(خامسا) ادارة الرقابة المالية :

ترتبط مباشرة بوكيل الهيئة لشئون الرقابة وتختص بالكشف عن المخالفات المالية التى لا تخضع لرقابة الجهات المسئولة عن الصرف ــ وزارة المالية والاقتصاد الوطنى وديوان المراقبة العامة ــ بحيث لايكون قيامها بوظيفتها تكرارا لما تقوم به الجهتان ولتحـديد الاختصاصـات فتقوم الجهات الثلاث بالاتفاق فيما بينها باعداد محضر لهذا الغرض يرفع الى خادم الحرمين الشريفين رئيس مجلس الوزراء لطلب اقرارة

(سادسا) وكيل الهيئة لشئون التحقيق :

وهو المشرف والمسئول عن جهات التحقيق ويتولى تنظيم العمل

وتوجيهه بواسطة المسئولين فى ادارته وتوجه اليه المعاملات الخاصة بالتحقيق لاتخاذ اللازم بشأنها وفقا لنظام تأديب الموظفين ورفع التقارير والمذكرات والقضايا المنتهية منه الى رئيس الهيئة ، وممارسة الاختصاصات المفوضة له من رئيس الهيئة كما أن من مهامه :

كما أن وكيل الهيئة لشئون التحقيق يختص :

١ ـ الاشراف على اعداد السجلات والملفات الكفيلة بتنظيم العمل •

٢ ـ رفع التقارير السنوية عن العاملين بجهاز التحقيق •

٣ ـ رفع تقرير دورى كل ستة شهور الى رئيس الهيئة يتضمن منجزات أقسام جهاز التحقيق وأعماله وما يواجهه من صعوبات مع اقتراح وسائل التطوير •

(سابعا) تشكيل جهاز التحقيق :

(أ) ادارة التحقيق :

وترتبط مباشرة بوكيل الهيئة لشئون التحقيق وتختص بما يلى :

١ ـ التحقيق فى المخالفات المالية والادارية •

٢ ـ رفع نتيجة التحقيق لرئيس الهيئة مدعمة بالأسباب التى بنيت عليها الوصية اللازمة •

٣ ـ تمثيل الهيئة فى لجان التحقيق المشتركة •

٤ ـ رفع تقرير دورى كل ستة شهور الى رئيس الهيئة متضمنا نشاطات ادارة التحقيق بما تواجهه من صعوبات •

(ب) ادارة الادعاء :

وتختص بدراسة ومباشرة القضايا أمام هيئة التأديب .

(ثامنا) جهاز الادارة العامة برئاسة مدير عام :

ويرتبط المدير العام برئيس الهيئة مباشرة ويتولى الاشراف على الوحدات التابعة له .

وتسيير دفة أمورها وفقا للنظم المالية والادارية وتتبعه الوحدات الآتيـــة :

١ ـ وحدة شئون الموظفين .

٢ ـ وحدة الشئون المالية .

٣ ـ مكتب الاتصالات .

٤ ـ المستودعات والمشتريات .

٥ ـ الخدمات والاستعلامات .

الفـــرع الرابـــع

هيئـــة التـأديب

أنشئت هيئة التأديب بمقتضى نظام تأديب الموظفين (٤) عــام ١٣٩١ هـ ـ كهيئة مستقلة ملحقة برئيس مجلس الوزراء .

---

(٤) المرسوم الملكي رقم (م/٧) بتاريخ ١٣٩١/٢/١هـ بالمصادقة على نظام تأديب الموظفين .

وتختص هيئة التأديب بالنظر فى القضايا التى تحـال اليها من هيئة الرقابة والتحقيق فى الحالات الآتية :

١ ــ اذا كانت المخالفة تستوجب الفصل ٠

٢ ــ اذا ارتكب الموظف مخالفة فى جهة غير التى يعمل بها ٠

٣ ــ اذا ارتكب عدد من الموظفين تابعين لأكثر من جهة حكومية مخالفة ادارية واحدة أو أكثر من مخالفة ولكنها مخالفات مرتبطة ٠

٤ ــ اذا كان الموظف قد ترك الخدمة قبل توقيع العقوبة عليه ٠

٥ ــ يحال المستخدمون المتهمون بارتكاب مخالفات مرتبطة بعضها ببعض فى هيئة الرقابة والتحقيق اذا كانوا عند ارتكاب المخالفـة أو المخالفات أو عند اكتشافها تابعين لأكثر من جهة أو كانوا مشتركين مع موظفين خاضعين لنظـام تأديب الموظفين ، فاذا رأت هيئة الرقـابة التحقيق أن الوقائع تستوجب العقوبة تحيل الدعوى الى هيئة التأديب

تنظر القضايا التأديبية المعروضة على هيئة التـأديب بواسـطة مجلس يشكل بقرار من الهيئة ويتكون من : ــ

ــ رئيس ٠

ــ عضوين ٠

ــ وأمين سر ٠

اجراءات التقاضى أمام هيئة التأديب :

١ ــ على رئيس مجلس المحاكمة حال ورود القضاة أن يحـدد موعد لنظرها ويتولى المجلس ابلاغ المتهم وهيئة الرقابة والتحقيق بذلك على أن لا تقل الفترة بين الابلاغ وتاريخ الجلسة عن عشرة أيام ٠

٢ ــ على المتهم أن يحضر جلسات المحاكمة بنفسه وله أن يستعين بمحام وأن يبدى دفاعه كتابة أو شفويا وأن يطلب استدعاء الشــهود لسماع أقوالهم •

واذا لم يحضر المتهم فعلى مجلس المحاكمة أن يمضى فى اجراءات المحاكمة بعد أن يتحقق من أن المتهم قد أبلغ ابلاغا (اعلانا) صحيحا •

٣ ــ تكون جميع الاعلانات بخطابات رسمية مسجلة ويتم ابلاغ المتهم على العنوان الثابت فى أوراق القضية أو على مقر وظيفته التى يشغلها حسب الأحوال فاذا تعذر ذلك فيعلن بواسطة النشر فى الجريدة الرسمية (أم القرى) •

٤ ــ لا تصــح جلسات المحــاكمة الا بحضور جميع أعضــائه ومندوب هيئة الرقابة والتحقيق وتصدر القرارات بأغلبيــة أصــوات أعضاء المجلس •

٥ ــ للمتهم أو من يوكله حق الاطــــلاع على أوراق التحقيق بحضور أمين مجلس المحاكمة وله اذن من رئيس المجلس استنســاخ صــور منهــا •

٦ ــ للمتهم ولمندوب هيئة الرقابة التحقيق أن يطلبا رد أى عضو من أعضاء مجلس المحاكمة اذا كان هناك سبب يوجب الرد •

وعلى رئيس الهيئة أن يفصل فى هذا الطلب على وجه السرعة •

٧ ــ اذا رأى رئيس هيئة التأديب أن الأمور المنسوبة الى المتهم تكون جريمة تختص هيئة أخرى بالفصل فيها فعليه أن يعيد الأوراق الى هيئة الرقابة والتحقيق لتحيلها بدورها الى الجهة ذات الاختصاص مع اخطار الجهة التى يتبعها الموظف بذلك •

٨ ـ فى الأحوال التى يتقرر فيها احالـة المتهـم الى المحاكمـة الجنائية توقف الاجراءات التأديبية بحقه الى أن يصدر حكم نهـائى من الجهة المختصة وتعاد الأوراق بعد ذلك الى هيئة الرقابة والتحقيق لتقرير ما يجب •

٩ ـ على مجلس المحاكمة أن يصدر قراره فى القضية بأسرع وقت ممكن ويجب أن يكون القرار مكتوبا ومسببا وترسل صورة رسمية من القرار الى من صدر فى حقه والى الجهة التى يتبعها الموظف وديـوان الموظفين العام وديوان المراقبة العامة وهيئة الرقابة والتحقيق •

١٠ ـ قرارات مجلس المحاكمة نهائية باستثناء القرارات الصادرة بفصل موظفى المرتبة الحادية عشر فما فوق أو ما يعادلها فلا تكـون نهائية الا بعد التصديق عليها من رئيس مجلس الوزراء •

١١ ـ يجوز اعادة النظر فى القرار التأديبى فى الحالتين الآتيتين:

الحالة الأولى : اذا أخطأ القرار فى تطبيق النظام (القـانون) أو تأويله •

الحالة الثانية : اذا ظهرت وقائع أو مستندات لم تكن معلومـة وقت صدور القرار وكان من شأن ثبوتها براءة المتهم •

١٢ ـ يعرض طلب اعادة النظر على لجنة من رئيس ديوان الخدمة المدنية ورئيس هيئة الرقابة والتحقيق ورئيس هيئة التأديب •

فاذا تبين لها جديته يعاد النظر فى القرار بعد استئذان رئيس مجلس الوزراء فى ذلك •

١٣ ـ لا يترتب على اعادة النظر فى القرار وقف تنفيذه الا اذا قرر المجلس الذى يتولى النظر فى القضية ذلك •

١٤ ـ لهيئة التأديب أن تفسر القرار التأديبى وتصحح ما يقع فيه من أخطاء مادية •

الفـرع الخامس

ديـوان المراقبـة العامـة

أنشأ ديوان المراقبة العامة أو ديوان مراقبة حسابات الحكـومة عام ١٣٧٣ هـ ـ بمرسوم ملكي باعتباره شعبة من شعب مجلس الوزراء ثم صدر مرسوم خاص بديوان المراقبة العامة عام ١٣٩١ هـ .

ويختص ديوان المراقبة العامة بما يلي :

١ ـ مراجعة حسـابات الدخل والنفقات ضمن كل جـزء من الميزانيات المخصصة لكل وزراة أو هيئة حكومية تقوم الدولة بتقـديم المساعدات المالية لها كلها أو جزئيا أو تقوم بتقديم دخل للحكومة .

٢ ـ التأكد من سلامة القيود وصحتها من الناحية الرقمية وكذلك المستندات المتعلقة بكل من القبض والدفع .

٣ ـ تقديم تقرير سنوى الى رئاسة مجلس الوزراء عن كل سنة مالية فى فترة لا تتجاوز بأية حال من الأحوال اليوم الأخير من الشهر التاسع للسنة المالية .

٤ ـ يقدم تقارير دورية الى مجلس الوزراء يضمنها مكتشفاته فيما يتعلق بالمخالفات الصادرة عن الموظفين العاملين فى الشـئون الماليـة وما ينجم عن ذلك من سوء استخدام الأموال الحكومية .

فديوان المراقبة العامة رقابته لاحقة وهذه رقابة علاجية تتناول حسابات الدخل والنفقات فى الوزارات والهيئات الحكومية والهيئـات التى تقدم لها الحكومة مساعدات مالية (٥) .

---

(٥) الدكتور صافي امام موسى : الرقابة الادارية فى المملكة العربية السعودية بحث بمجلة الادارة العامة التى تصدر عن معهد الادارة العامة بالرياض ـ العدد ١٩ ـ يناير ١٩٧٦ ـ ص ١٠٧ .

والديوان المراقبة العامة فى سبيل ممارسته لاختصاصاته منح عـــدة سلطات هى :

١ ـ ارسال المراقبين والمفتشين والمحاسبين وغيرهم من الموظفين التابعين له الى مختلف الوزارات والهيئات وغيرها من المؤسسات التى تتلقى عونا أو تحقق ايرادات للدولة ، وذلك بغرض مراجعة حساباتها للتأكد من أنها تسير تبعا للتعليمات الصادرة لها •

٢ ـ طلب أية بيانات تتعلق باستلام ودفع الأموال الحكومية التى تعتبر ضرورية لآداء واجباته •

٣ ـ تحويل الشكاوى الواردة عن المديرين الماليين المقصرين الى هيئة الرقابة والتحقيق والى المشرفين المسئولين عن هؤلاء المديرين •

٤ ـ اقتراح أفضل الأساليب لمسك الدفاتر والقيود الحسابية •

التنظيم الادارى لديوان المراقبة العامة :

١ ـ رئيس ديوان المراقبة العامة :

يعين رئيس ديوان المراقبة العامة بأمر ملكى ورئيس ديـــوان المراقبة العامة يرفع تقاريره الى جلالة الملك خادم الحرمين الشريفين مباشرة •

٢ ـ نائب رئيس الديوان :

يعين نائب الديوان بأمر ملكى بناء على عرض رئيس الديـــوان المراقبة العامة •

٣ ـ مكتب الخبراء والمستشارين :

٤ ــ الادارة العامة للتفتيش :

تتولى عملية فحص ميدانى للدفاتر والسجلات وكذا جرد النقود في خزائن هذه الهيئات بالاضافة لفحص سجلات الموظفين ٠

٥ ــ مدير عـــام الديوان :

يرتبط برئيس الديوان مباشرة ويتـــولى الاشراف على الوحدات التابعة له وتيسير دفة أمورها ٠

٦ ــ مكتب التقارير السنوية والحسابات الختامية :

والتقارير على نوعين :

(أ) تقارير مالية ٠

(ب) تقارير عن سير العمل ٠

٧ ــ مكتب مراقبة الادارة :

ويتفرع عنـــه :

(أ) الادارة المالية ٠

(ب) أدارة شئون الموظفين ٠

(جـ) الارشيف والملفات ٠

(د) قسم النسخ والتصوير ٠

(هـ) المســـتودع ٠

(و) الحركـــــة ٠

٨ ـ ادارة تدقيق المؤسسات والشركات :

هذا ولديوان المراقبة العامة فروع فى :

(أ) الدمـــام .

(ب) مكة المكرمة .

(ج) جـــــدة .

الفـــــرع الســـادس

ديـــــوان المظـــالم

منذ تولية جلالة الملك عبد العزيز الحكم فى المملـــكة العربيـــة السعودية وسموه يهتم ببحث مظالم الشعب ورفع أسباب الظلم عنهم ولذا أعلن (٦) :

أن صاحب الجلالة الملك يعلن للناس كافة أن من كان له ظلامـــة على كائن من كان موظفا أو غيره ، كبيرا أو صغيرا ثم أخفى ظلامتـــه فانما اثمه على نفسه . وأن من كان له شكاية ، فقد وضع على بـــاب دار الحكومة صندوق للشكاوى مفتاحه لدى جلالة الملك ، فليضع صاحب الشكاية شكايته فى ذلك الصندوق ، وليثق الجميع أنه لا يمـــكن أن يلحق المشتكى أى أذى بسبب شكايته الملحقة من أى موظف كان ويجب أن يراعى فى الشكايات ما يلى :

---

(٦) نشر اعلان صاحب الجلالة المغفور له الملك عبد العزيز بجريدة أم القرى : العدد الصـــادر فى ٢٦ ذى الحجة ١٣٤٤هـ الموافق ٧ يونيو ١٩٢٦م .

١ ـ ينبغى تجنب الكذب فى الشكاية ، ومن ادعى بدعوى كاذبة جوزى بكذبه .

٢ ـ لا تقبل الشكاية المغفلة من الامضاء ومن فعل ذلك عوقب على عمله .

وليعلم الناس كافة أن باب العدل مفتوح للجميع على السواء والناس كلهم ـ صغيرهم وكبيرهم ـ امامة واحد حتى يبلغ الحق مستقره .

ومع اتساع المملكة العربية السعودية وتزايد السكان أصبح من الصعب على جلالة الملك النظر فى المظالم بنفسه (٧) لذلك وفى ١٣٧٣هـ أنشئت شعبة بمجلس الوزراء باسم « شعبة المظالم » حيث ورد الباب الخامس (من أول نظام لمجلس الوزراء فى ١٢ رجب سنة ١٣٧٣ هـ) بعنوان « شعب مجلس الوزراء » .

ونصت على هذه الشعب المادة ١٩ بقولها : « يشكل لمجلس الوزراء ديوان يتألف من الشعب الآتية :

(أ) الأمانة العامة .

(ب) مراقبة حسابات الدولة .

(جـ) خبراء فنيين .

(د) المظالم .

---

(٧) الزميل الأستاذ الدكتور محمد أنس جعفر : ولاية المظالم فى الاسلام وتطبيقها فى المملكة العربية السعودية ـ دار النهضة العربية ١٩٨٧ ص ٦٨ .

فشعبة المظالم شعبة من شعب مجلس الوزراء ووظيفه هـــذه الشعبة كان تلقى ما يقدم الى مجلس الوزراء من شكاوى وتسجيلهــا والتحقيق فى كل شكوى ، واعداد تقرير عنها يتضمن الاجراء المقترح اتخاذه بشأنها ، ويرفع هذا التقرير لجلالة الملك للتصرف فيه •

ثم أراد جلالة الملك أن يجعل من « شعبة المظالم » التابعة لمجلس الوزراء استقلال ذاتى فأصدر جلالة الملك المرسوم رقم ٨٧٥٩/١٣/٢ المؤرخ فى ١٣٧٤/٩/١٧ هـ باصدار نظام « ديوان المظالم فى المملكة » ونصت المادة الأولى من هذا النظام على أنه : يشكل ديوان مستقـــل باسم ديوان المظالم ويقوم بادارة هذا الديوان رئيس من درجة وزير يعين بمرسوم ملكى وهو مسؤول أمام جلالة الملك ؛ وجلالته المرجـــع الأعلى له •

وتحددت اختصاصات ديوان المظالم بما يلى طبقا المادة الثانية :

(أ) تسجيل جميع الشكاوى المقدمة اليه •

(ب) التحقيق فى كل شكوى تقدم أو تحال اليه واعداد تقرير عنها يتضمن وقائعها وما أسفر عنه التحقيق فيها والاجراء الذى يقتـــرح الديوان اتخاذه بشأنها والأسباب التى يقدم عليها الاجراء المقترح •

(جـ) ارسال هذا التقرير الى الوزير أو الرئيس المختص مـــع ارسال صورة منه الى ديوان جلالة الملك وصورة أخرى الى ديـــوان رئيس الوزراء أو الوزير المختص خلال أسبوعين من استلامه التقرير أن يبلغ الديوان بتنفيذه الاجراء المقترح أو بمعارضته له ـــ وفى هذه

---

(٨) المـادة الثانية من المرسوم الملكى رقم ٨٧٥٩/١٣/٢ المؤرخ فى ١٣٧٤/٩/١٧هـ •

الحالة يتعين ابداء أسباب معارضته وعند ذلك يرفع رئيس الديـوان تقريره الى جلالة الملك ليصدر أمره العالى فى الأمر موضوع التقرير ، ولا يجوز للديوان أن يقترح على وزير أو رئيس مختص فرض عقوبة أو اتخاذ اجراء غير منصوص عليه فى النظم القائمة الا بأمر من جلالة الملك ــ واذا كانت الشكوى موجهة الى وزير أو رئيس مسؤول يرفع رئيس الديوان الأمر الى جلالة الملك ليصدر أمره بما يـرى اتخـاذه بشأنها •

(د) يكون لرئيس ديوان المظالم ولمن ينتدبهم من موظفى الديوان الصلاحيات الكاملة فى البحث والتعقب فى الوزارات والمصالح فى هذا الشأن واستدعاء الموظفين المسؤولين للتحقيق معهم وعنـد لـزوم الاقتضاء تفتيشهم وتفتيش منازلهم شريطة أن يراعى فى تفتيش المنازل ما قضت به الأنظمة القائمة بالنسبة لحرمة المساكن ــ وعليـه فى كل حالة اخطار الوزير أو الرئيس الذى ينتمون اليه وعلى الجهات الرسمية والأهلية معاونة الديوان فى الاجراءات التى يراها كفالة لاظهار الحقيقة وتحديد المسئولية •

ويختص ديوان المظالم بلاختصاصات متنوعة ورد بعضهـا فى المرسوم الملكى الخاص بانشاء الديوان ، وورد البعض الآخـر فى مراسيم تتعلق بتنظيم مسائل أخرى (٩) ويقسم الزميل الدكتور محمد أنس قاسم اختصاصات الديوان الى :

---

(٩) راجع فى الاختصاصات المختلفة مؤلف الزميل الأستاذ الدكتور أنس قاسم جعفر : ولاية المظالم فى الاسلام وتطبيقها فى المملكة العربية السعودية ــ دار النهضة العربية ١٩٨٧ ــ ص ٨٦ وما بعدها •

(أولا) الاختصاصات التى تدخل فى مجال القضاء الادارى :

نصت المادة الثامنة من نظام ديوان المظالم على أن يختص ديوان المظالم بالفصل فيما يأتى :

(أ) الدعاوى المتعلقة بالحقوق المقررة فى نظم الخدمة المدنية والتقاعد لموظفى ومستخدمى الحكومة والأجهزة ذوات الشخصية المعنوية العامة المستقلة أو ورثتهم والمستحقين عنهم .

(ب) الدعاوى المقدمة من ذوى الشأن بالطعن فى القرارات الادارية متى كان مرجع الطعن عدم الاختصاص أو وجود عيب فى الشكل أو مخالفة النظم واللوائح أو الخطأ فى تطبيقها أو تأويلها أو اساءة استعمال السلطة .

ويعتبر فى حكم القرار الادارى رفض السلطة الادارية أو امتناعها عن اتخاذ قرار كان من الواجب عليها اتخاذه طبقا للانظمة واللوائح .

(ج) دعاوى التعويض الموجهة من ذوى الشأن الى الحكومة والأشخاص ذوى الشخصية العامة المستقلة بسبب أعمالها .

(د) الدعاوى المقدمة من ذوى الشأن فى المنازعات المتعلقة بالعقود التى تكون الحكومة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة طرفا فيها .

(هـ) الدعاوى التأديبية التى ترفع من هيئة الرقابة والتحقيق .

(ثانيا) اختصاصات تدخل فى مجال القضاء الجنائى وهى :

رغم أن المادة الأولى من نظام ديوان المظالم الحالى على أن

الديوان هيئة قضاء ادارى مستقلة الا أن لديوان المظالم اختصاصات تدخل فى مجال القضاء الجنائى وهى :

(أ) الدعاوى الجزائية الموجهة ضد المتهمين بارتكاب جـرائم التزوير (١) •

(ب) الجرائم المنصوص عليها فى نظام مكافحة الرشوة وقد تدخل ولى الأمر فى المملكة العـربية السعودية وأصدر مرسوما ملكيا يجرم فيه الرشوة لمرسوم الملكى رقم ١٥ بتاريخ ١٣٨٢/٣/٧ وصدر هـذا المرسوم تصديقا لقرار مجلس الوزراء رقم ١٤٤ المؤرخ ١٣٨٢/٢/٢٩هـ

(جـ) الجرائم المنصوص عليها فى المرسوم الملكى رقم ٤٣ بتاريخ ١٣٧٧/١١/٢٩ هـ •

وهذه الجرائم متنوعة ومتعددة وهى :

---

(١٠) تدخل جرائم التزوير فى نطاق الجرائم التعزيرية التي يختص أول الأمر بوضع العقوبة المناسبة لها • لذلك صدر المرسوم الملكي رقم ١١٤ بتاريخ ١٣٨٠/١١/٢٦ المعدل بالمرسـوم الملكى رقم ٥٣ الصـادر بتاريخ ١٣٨٢/١١/٥هـ المتعلق بجرائم التزوير ويدخل فى نطاق التزوير المعاقب عليه نظاما :

ـ جرائم تقليد أو تزوير الأختام والتوقيعات الخاصة بجلالة الملك أو رئيس مجلس الوزراء أو أختام الدولة الرسمية •

ـ جرائم تقليد أو تزوير أحد الأختام الخاصة باحدى الدوائر العامة

ـ جرائم تقليد أو تزوير بعض الأوراق وصناعة أو حيازة الأدوات الخاصة بالتقليد •

ـ جرائم تزوير المحررات •

أ ـ عدم جواز اشتغال الموظف بالتجارة أو المهن الحرة دون اذن من السلطة المختصة .

٢ ـ عدم جواز قبول الهدايا والاكراميات من الافراد بقصد الاغراء من أرباب المصالح .

٣ ـ التحكم فى المواطنين والاعتداء على حقوقهم المشروعة .

٤ ـ التلاعب بالأنظمة والأوامر والتعليمات ، وبطرق تنفيذها .

٥ ـ عدم جواز استغلال ابرام العقود الادارية لتحقيق مصلحة شخصية .

٦ ـ عدم جواز استغلال جهود الأفراد والموظفين بأجور ورواتب صورية أو مفتعلة لفائدة شخصية .

٧ ـ عدم جواز استعمال المعلومات الرسمية لاستغلال العملة وتحقيق ارتفاع أو هبوط سعر صرفها وتبديلها .

٨ ـ عدم جواز اساءة المعاملة أو الاكراه باسم الوظيفة كالتعذيب أو القسوة أو سلب الحريات الشخصية .

٩ ـ عدم جواز دخول المنازل فى غير الحالات التى نصت عليها الأنظمة المختلفة .

١٠ ـ عدم جواز الاكراه على الاعارة أو الاجارة أو البيع أو الشراء .

١١ ـ عدم جواز تحصيل ضرائب تزيد على المقادير المستحقة أو المفروضة .

(د) الجرائم المنصوص عليها فى نظام مباشرة الأموال العامة :

وردت جرائم الأموال العامة بالمرسوم الملكى رقم ٧٧ الصادر فى

٢٣/١٠/٩٥هـ والمعدل بالمرسوم الملكى رقم م ٥ الصادر فى ١٤/٤/١٤٠٠هـ بشأن نظام وظائف مباشرة الأموال العامة العقوبات المقررة فى حالة الاختلاس أو تبديد هذه الأموال أو التصرف فيها دون وجه حق ، وينطبق هذا النظام على كل من يشغل احدى الوظائف العامة التى تتعلق بمباشرة حفظ الأموال النقدية والأعيان المنقولة والطوابع والأوراق ذات القيمة كما يطبق هذا النظام على أمناء الصناديق ومأمورى الصرف ومحصلى الأموال العامة وأمناء المخازن .

ثالثا ـ اختصاصات أخرى متفرقة تضمنتها الأنظمة المختلفة :

نص نظام ديوان المظالم على اختصاصات أخرى هى :

(أ) طلبات تنفيذ الأحكام الأجنبية (م/٨/ز) :

الصادرة من محاكم احدى الدول الأجنبية . ومهمة ديوان المظالم تتلخص فى التحقق من صحة الحكم واتباع المحكمة التى أصدرته للاجراءات اللازمة ، وأن الحكم جائز بقوة الأمر المقضى به .

ويلاحظ أن المملكة العربية السعودية وقعت الاتفاقية العربية لتنفيذ الأحكام الأجنبية فى ٢٣ مايو ١٩٥٣م وتنفيذا لها صدر قرار مجلس الوزراء السعودى رقم ٢٥١ بتاريخ ٢٨/١٢/١٣٧٩هـ والذى تضمن النص على أن السلطة المختصة التى ترفع اليها طلبات تنفيذ الأحكام هى « ديوان المظالم » .

وقد حددت المادة ٣٠ من الاتفاقية العربية الحالات التى يتعين فيها رفض الاعتراف بالحكم :

١ ــ اذا كان الحكم مخالفا لأحكام الشريعة الاسلامية أو النظام العام أو الآداب العامة .

٢ ــ اذا كان الحكم غيابيا ، ولم يعلن الخصم المحكوم عليه بالدعوى أو الحكم باعلانا صحيحا يمكنه الدفاع عن نفسه •

٣ ــ اذا كان الحكم لم يراع قواعد قانون الدولة المطلوب الاعتراف به والخاصة بالتمثيل القانونى للأشخاص عديمى الأهلية أو ناقصيها •

٤ ــ وجود حكم سابق حائز لقوة الأمر المقتضى به فى نفس الموضوع •

٥ ــ وجود دعوى منظورة أمام محاكم الدولة المطلوب منها الاعتراف بالحكم عن نفس النزاع •

(ب) الدعاوى التى من اختصاص الديوان بموجب نصوص نظامية خاصة

١ ــ القضايا المتعلقة بالمقاطعة الاسرائيلية تنفيذا للمرسوم الملكى رقم ٢٨ الصادر فى ١٣٨٢/٦/٢٥هـ بنظام مقاطعة اسرائيل وينظرها هيئة مكونة من رئيس ديوان المظالم أو نائبه ومستشار حقوقى من ديوان المظالم ومستشار حقوقى من مجلس الوزراء لنظر القضايا الناشئة عن مخالفة النظام •

٢ ــ الدعاوى المتعلقة بقضايا المؤسسات الأجنبية طبقا لنظام استثمار المال الأجنبى الصادر بالمرسوم الملكى رقم ٣٥ بتاريخ ١٣٨٣/٩/١١هـ حيث تنص المادة ١٢ منه على أنه « على كل منشأة رخص لها بمقتضى هذا النظام ، خالفت أحكامه ينذرها وزير التجارة والصناعة باتباع هذه الأحكام فى خلال المدة التى يعينها فاذا لم تستجب المنشأة لهذا الانذار جاز للوزير بناء على توصية اللجنة المشار اليها فى المادة الخامسة سحب الرخصة الممنوحة لها أو تصفيتها على أنه يجوز التظلم الى ديوان المظالم من قرار سحب الرخصة أو التصفية فى مدة شهر

واحد من تاريخ صدوره ويكون حكم ديوان المظالم فى هذا الشأن باتا ونهائيـا •

٣ ــ بحث تظلمات الأشخاص الذين تقرر منعهم من التعامل مع الهيئات العامة ذلك تطبيقا للمرسوم الملكى رقم م/٦ بتاريخ ٢٤ صفر ١٣٨٦هـ •

٤ ــ النظر فى طلبات التعويض المقدمة من المقاولين مع الجهـات الحكومية والتى يستند فيها المقاولون على حدوث تقصـير من الجهة الحكومية ينتج عنه الحاق خسارة أو ضرر بالمقاول وذلك تطبيقا لقرار مجلس الوزراء رقم ٨١٨ لعام ١٣٩٦هـ الذى يقضى بأن يوكل النظر فى هذه القضايا الى ديوان المظالم وتكون قراراته نهائية بعد اعتمادها من رئيس الديوان •

٥ ــ النظر فى المنازعات التجـارية التى كانت تختص بها هيئات حسم المنازعات التجارية • صدر مرسـوم ملكى فى ٢٩ شـوال ١٤٠٧ بالغاء المادة ٢٣٢ من نظام الشركات الصادرة بالمرسوم رقم م ــ ٦ بتاريخ ٢٢/٣/١٣٨٥هـ ونقل اختصاص هيئات حسم المنازعات التجارية المنصوص عليها فى النظم والقرارات بما فيها المنـازعات المتفرعة عن تطبيق نظام الشركات وتوقيع العقوبات المنصوص عليها فيه ابتداء من بداية السنة المـالية ١٤٠٨/١٤٠٩هـ الى ديوان المظالم كما تضـمن المرسوم الصادر فى ٢٩ شوال ١٤٠٧هـ ضرورة احالة دفاتر الهيئات وسجلاتها والملفات التى بحوزة هيئات حسـم المنازعات التجارية الى ديوان المظالم •

وعلى هذا أصبح ديوان المظالم هو صاحب الاختصاص العام فى المنازعات التجارية ابتداء من السنة المالية ١٤٠٨ ــ ١٤٠٩هـ •

٦ ـ الاشتراك فى العديد من اللجان والمجالس منها :

(أ) الاشتراك فى التحقيق مع العاملين بسلك التدريس تطبيقا لقرار مجلس الوزراء رقم ٢٣٢ بتاريخ ١٣٧٧/٥/٢٥ .

(ب) اشتراك فى مجالس التأديب الخاصة بمحاكمة ضباط الأمن الداخلى برتبة لواء أو فريق تطبيقا لنص المادة ١٣٢ من نظام قوات الأمن الداخلى الصادرة بالمرسوم الملكى رقم ٣٠ بتاريخ ١٣٨٤/١٢/٤هـ

(جـ) الاشتراك فى اللجنة الثلاثية التى تختص بالنظر فى التحقيق فى الشكاوى التى تقدم ضد الموظفين المختصين بتطبيق قانون العمل السعودى بسبب وظيفتهم .

(د) الاشتراك فى اللجان الخاصة بمحاسبة الموظفين عن مصادر ثرواتهم وثروات أسرهم تنفيذا للمرسوم الملكى رقم ١٦ بتاريخ ١٣٨٢/٣/٧هـ .

ـ هذا ويجب على رئيس ديوان المظالم أن يرفع الى جلالة الملك كل ستة أشهر تقريرا مفصلا عن أعمال الديوان خلال هذه المدة متضمنا ما أسفرت عنه التحقيقات من مسؤوليات على الجهات الحكومية المختلفة وموظفيها وما يقترحه الديوان من اجراءات كفيلة بتقويم أموره . ويرسل الديوان صورة من هذا التقرير الى رئيس مجلس الوزراء . والزم المرسوم الملكى رقم ٨٧٥٩/١٣/٢ المؤرخ فى ١٣٧٤/٩/١٧هـ باصدار نظام ديوان المظالم بأنه يجب على رئيس ديوان المظالم انشاء سجل عام للمظالم ترصد فيه البيانات الآتية :

(أ) التاريخ الذى ترد فيه الشكوى .

(ب) النتيجة التى انتهى اليها الديوان .

(جـ) تاريخ الكتاب المرسل به تقرير الديوان الى الوزير أو الرئيس المختص .

(د) تاريخ الكتاب المرفوع به التقرير النهائى الى جلالة الملك •

(هـ)أأمر جلالة الملك فى الشكوى •

التنظيم الادارى لديوان المظالم

المركز الرئيسى لديوان المظالم : هو فى مدينة الرياض •

ويوجد فرع لديوان المظالم : فى مدينة جدة •

ويجوز انشاء فروع أخرى له فى أنحاء المملكة حسب اللزوم •

ويتألف ديوان المظالم من :

(أ) رئيس ديوان المظالم : وهو المشرف الأعلى على أعمال الديوان. وهو المرجع فيما يصدر منه الى مختلف الوزارات والمصالح والجهات الأخرى وكل ما يصدر من مكاتبات تكون بتوقيعه أو من ينيبـــه وهو الذى يوزع الأعمال على موظفيه كل ضمن اختصـــاصه المنصوص عليه فى النظام الداخلى لديوان المظالم •

(ب) نائب الرئيس (وكيل الديوان حاليا) : نائب الرئيس يعاون الرئيس فى ادارة ديوان المظالم فى حـــدود الصلاحيات المخولة له فى المرسوم الملكى الصــادر بتعيينه وينوب عن الرئيس ويقوم بجميـــع صلاحياته عند غيابه • ويساعده فى الأعمال التى يكلفه بهـــا ويترأس لجنة تدقيق القضايا •

(جـ) مدير عام الديوان : يشرف على أعمال ديوان المظالم الادارية والحسبـــابية وعلى مراسـلاته مع الوزارت والدوائر الأخرى ويوزع الأعمال تحت اشراف الرئيس على المحققين بطريقة تكفل تحقيق المصلحة العـــامة •

ويراقب أمناء السر والكتاب والمستخدمين ويوزع الأعمال بينهم بمعرفة نائب الرئيس (وكيل الديوان حاليا) ويشرف على كل ما يمتلكه الديوان •

(د) المستشارون (مستشار شرعى + مستشار قانونى) المستشارون الشرعيون والمستشارون القانونيون بالأعمال التى يكلفه كل منهم بها الرئيس •

ويجيب المستشار على الاستيضاح الذى يوجه إليه من قبل الرئيس أو نائبه ويساعد المحققين فى الأمور العلمية والفنية الداخلة فى تخصصه ويكون كل منهم عضوا فى لجنة تدقيق القضايا •

(هـ) المحققين (الشرعيين والقانونيين والماليين والفنيين •• وغيرهم بحسب اللزوم) •

يتولى كل محقق بالتحقيق فى القضايا التى تحال اليه فى حدود الصلاحيات المنصوص عنها فى نظام الديوان الأساسى وفى النظام الداخلى للديوان داخل الديوان فقط أما خارجه فلابد من أخذ تحويل من الرئيس أو نائبه (وكيله) — وبعد أن ينهى تحقيقاته وينظم تقريره ويبين ما يقترحه من تدابير فى نطاق ما هو منصوص عليه فى نظام الديوان الأساسى وفى هذا النظام ويقدمه بواسطة الادارة الى لجنة تدقيق القضايا •

(و) أمناء السر والكتاب : يقوم كل منهم بحسب اختصاصه — بالأعمال الكتابية وتسجيل الشكاوى بسجلاته المخصوصة وتهيئة الرسائل وحفظ صورها وكذلك يتلقى كل منهم بحسب اختصاصه ما يرد الى الديوان من رسائل وخلافها بتسجيلها حسب الأصول ويقوم كل منهم بكل ما يكلف به من أعمال عن طريق مدير عام ديوان المظالم •

(ز) لجنة تدقيق القضايا : تتألف هذه اللجنة من نائب الرئيس رئيسا ومن كل من المستشـــار الشرعى والمستشـــار القانونى عضـــوا بالاضافة الى من يرى انتدابه من المحققين للعضوية عند اللزوم ومن أمين السر للقيام بأعمال الكتابة فيه •

وتبحث لجنة تدقيق القضايا فى تقارير المحققين بعد دراســـتها ــ فتوافق على ما جاء منها عادلا وموافقا للأصول الفرعية وتقدمه بتقرير منها الى رئيس الديوان لاجراء الايجاب وتعيـــد ما ترى أن التحقيق فيه ناقصا الى المحقق نفسه لاكماله حســبما يتراءى لها ــ وأما اذا رأت أن ما استنتجه المحقق من التحقيق الذى أجراه لم يكن صـــائبا أو مخالفا للأصول المرعية لا تتقيد به وأن تضمن تقريرها الذى سترفعه الى الرئيس ما تراه محققا للعدل وموافقا للاصول ولها أن تدعو المحقق للاستيضاح منه عن بعض الأمور التى ترى لزوما لايضـــاحها ويكون قرارها بالاجماع أو بالأكثرية وعلى المخالف أن يوضح مخالفته (الرأى المخالف لرأى الأكثرية) فى ذيل التقرير(١١) •

دكتور فتوح محمد عثمان

---

(١١) اعتمادا على قرار رئيس ديوان المظالم بالنظام الداخلى للديوان

من مبررات عزل القاضي

في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي

الدكتور سيد عبد الرحمن محمد الشقيري
مدرس قانون المرافعات بالكلية

الحمد لله الذي لا معقب لحكمه ولا راد لقضائه ، والصلاة والسلام على سيد المرسلين وخاتم الأنبياء وعلى آله وصحبه أجمعين .

وبعـــد :

فعلى الرغم من ضعف المستوى الذي أعاني منه ، وقلة بضاعتي التي أنزل بها ساحة المعرفة ، وقلة اطلاعي وشتات أفكاري ، جال في خاطري وبدت لي رغبة أن أشارك زملائي أعضاء هيئة التدريس بكلية الشريعة والقانون بأسيوط في اصدار مجلة الكلية العلمية في عددها الثامن ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م .

وقد استعنت بالله ، وكتبت بحثي هذا في بعض المبررات التي تدعو الى عزل القاضي في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي ، مع اشارة موجزة لمعنى العزل ودليل مشروعيته ، محاولة مني في ابراز بعض ما تضمنته كنوز شريعتنا الغراء ، ومدى اهتمام فقهاء الشريعة الاسلامية بالشخص الذي يتولى فصل المنازعات بين الناس .

وابعاد أي قاض من هذه الولاية تحوم حوله شائبة من الشوائب التي تطعن في صلاحيته الكاملة وأهليته المطلوبة لهذا المنصب الجليل . حسبي في ذلك كله قوله - تعالى - : « ومن يتوكل على الله فهو حسبه إن الله بالغ أمره »(١) .

---

(١) جزء من الآية ٣ سورة الطلاق .

فان كنت قد وفقت فى هذا العمل ، فالفضل لله أولا وأخيرا ، وان كانت الأخرى فذلك جزاء ما قدمت يداى طالبا من الله العفو والسماح •
والله الموفق •

خطة البحث :

قسمت بحثى هذا الى مبحثين :

ـ المبحث الأول : معنى العزل ودليل مشروعيته فى الفقه والقانون
وقسمت هذا المبحث الى مطلبين :

ـ المطلب الأول : معنى العزل فى اللغة والاصطلاح •

ـ المطلب الثانى : دليل مشروعية العزل •

ـ المبحث الثانى : بعض المبررات التى تدعو الى عزل القاضى فى الفقه والقانون •

وهذا المبحث أوردته فى أربعة مطالب كما يلى :

ـ المطلب الأول : فسق القاضى واخلاله بواجبات وظيفته كمبرر لعزله •

ـ المطلب الثانى : مرض القاضى أو عجزه كمبرر لعزله •
ـ المطلب الثالث : عزل الامام للقاضى وعدم كفاءته كمبرر لعزله •
ـ المطلب الرابع : عزل القاضى لنفسه أو استقالته بارادته كمبرر لعزله •

ـ نتائج البحث : وتضمنت أوجه الاتفاق والاختلاف بين الفقه الاسلامى وقواعد القانون الوضعى •
المراجع •

المبحث الأول

معنى العزل ودليل مشروعيته فى الفقه الاسلامى

المطلب الأول

معنى العزل

أولا : العزل فى اللغة :

العزل فى اللغة معناه صرف المـاء عن المرأة حذرا عن الحمل(١) ، ومنه عزل الشىء يعزله عزلا ، وعزّله فاعتزل وانعزل ، وتعزل : نحاه جانبا فتنحى ، ومنه عزله عن العمل أى نحاه فعزل(٢) •

وقيل العزل معناه البعد ، وقيل معناه : التنحية والافراز ، وقال الأزهرى : العزل عزل الرجل المـاء عن جاريته اذا جامعها لئلا تحمل(٣)

وقيل معناه : الاخراج ، ومنه عزلت النائب كالوكيل اذا أخرجته عما كان له من الحكم فعزل(٤) •

---

(١) التعريفات للفاضل على بن محمد الشريف الجرجانى ص ١٥٥ مطبعة ساحة الرياض ، لبنان ــ ١٩٨٥م •

(٢) لسان العرب لابن منظور جـ ٤ ص ٢٩٣٠ وما بعدها ــ طبعه دار المعارف • ومعه القاموس المحيط جـ ٤/ ص ١٥ الحلبى للفيروزابادى

(٣) تاج العروس من جواهر القـاموس للسـيد محب الدين محمد مرتضى الحسينى الزبيدى جـ ٨ ص ١٤ ــ طبع المطبعة الخيرية بالجمالية ١٣٠٦هـ •

(٤) المصباح المنير للفيومى جـ ٢ ص ٤٠٨ المطبعة العلمية ــ بيروت ــ لبنـان •

ثانيا : العزل في الاصطلاح :

لم أعثر فيما اطلعت عليه من كتب فقهيـــة حديثة أو قديمة على تعريف لعزل القاضى من ولاية القضاء ، ولكن تأسـيا بما جاء بالمعنى اللغوى قد قمت بوضع تعريف له مؤداه :

عزل القاضى معناه : ابعاد القاضى من ولاية القضاء بعد أن كان متواليا لها ، لمبرر يقتضى ذلك •

شرح التعريف :

معنى العزل أى الابعاد أو البعد ، من القيام بهذه المهمة بعـــد أن كان متمكنـــا منهـــا ، ومنـــه قوله ــ تعالى ــ : « انهم عن الســـمع لمعزولون »(٥) أى ممنوعون بعد أن كانوا يمكنون من ذلك •

وقولنا « بعد أن كان متواليا لها » دليل على أنه كان أهلا لهـــا قبل الابعاد ، ثم زالت هـــذه الأهلية بابعـــاده ، وأنه لا عزل الا بعد ممارسة وتول •

فاذا لم يمارسها بالفعل ، فلا يعد ابعاده عزلا ، لأنه لم يقترب حتى يبتعد •

وقولنا « لمبرر يقتضى ذلك » فهذا دليل على أن العزل لا يكون الا لسبب يقتضيه والا كان تعسفا وجورا ، وفى هذا المعنى يذكر الامام الحلبى ــ رضى الله عنه ــ الولاية متى استقرت شرعا فلا تـــزول تشهيا (١) ، أى بدون مبرر •

---

(٥) سورة الشعراء الآية ٢١٢ •

(٦) شرائع الاسلام فى مسائل الحلال والحرام للحلى ج ٤ ص ٧١ طبعة دار الأضواء طبعة ثانية ١٤٠٣هـ ــ ١٩٨٣م ــ تحقيق عبد الحسين محمد على •

والمبرر هو سبب العزل ، سواء كان المبرر راجعا الى فعل القاضى نفسه ، كعزلة بارادته أو فسقه ، أو كان المبرر بسبب لا دخل له فيه ، كالمرض والعجز .

" المطلب الثانى "

دليل مشروعية العزل فى الفقه الاسلامى والقانون الوضعى

أولا — فى الفقه الاسلامى :

استدل فقهاء الشريعة الاسلامية على مشروعية عزل القاضى ، اذا كان هناك مبرر لعزله بالآتى :

(أ) فعل النبى — صلى الله عليه وسلم — حينما عزل الامام عليا — كرم الله وجهه — من قضاء اليمن فى حجة الوداع (٧) .

(ب) الأثر المروى عن عمر بن الخطاب — رضى الله عنه — أنه قال : لأعزلن أبا مريم وأولين رجلا اذا رآه الفاجر فرقه ، فعزله عن قضاء البصرة ، وولى كعب بن سور مكانه (٨) .

وعزل عمر شرحبيل فقال : أعن سخط يا أمير المؤمنين . فقال : لا ، ولكن وجدت من هو أقوى منك ، قال : ان عزلك لى عيب فأخبر الناس بعذرى ففعل (٩) .

---

(٧) المحلى لابن حزم ج ٩ ص ٤٣٦ .

(٨) استقلال السلطة القضائية — رسالة دكتوراه مقدمة لكلية حقوق عين شمس من يسن عمر يوسف — ص ٣٧٦ فى سنة ١٩٨٤م .

(٩) بلغة السالك لأقرب المسالك للصاوى ج ٢ ص ٣١٠ — المكتبة التجارية . — شرح الزرقانى على مختصر خليل ج ٧ ص ١٣١ مطبعة محمد أفندى بمصر .

ومن لم يعزله عمر عزله عثمان بعده (١٠) ٠

(ج) وقد عزل الامام على ــ كرم الله وجهه ــ أبا الأسود ، فقال: لم عزلتنى وما خنت وما جنيت ٠ فقال : انى رأيتك كلامك يعلو على كلام الخصمين (١١) ٠

وكذلك ما روى عن مسلم بن مخلد أنه عزل سليم بن عتر قاضى مصر (١٢) ٠

فهذه الوقائع والآثار تدل على مشروعية عزل القاضى ، اذا ماكان هناك مبرر لعزله تحقيقا لمصلحة المسلمين ، ومنفعتهم ٠

ثانيا ــ فى القانون الوضعى :

تعددت النصوص التى أوردها المشرع الوضعى ، فى قانون السلطة القضائية التى تبرر عزل القاضى اذا كان هناك مبرر لعزله ٠

من هذه النصوص :

م ٦٩ سلطة قضائية ونصها « ٠٠٠ لا يجوز أن يبقى فى وظيفة القضاء أو يعين فيها من جاوز عمره ستين سنة ميلادية » ٠

م ٧٠/٢ تعتبر استقالة القاضى مقبولة من تاريخ تقديمها لوزير العدل ، اذا كانت غير مقترنة بقيد أو معلقة على شرط » ٠

---

(١٠) مدى حق ولى الأمر فى تنظيم القضاء وتقييده ــ دكتوراه مقدمة لحقوق القاهرة من عبد العزيز القاسم ص ١٣٥ ٠

(١١) المغنى لابن قدامة جـ ٩ ص ١٠٤ تحقيق / محمد سالم محيسن وشعبان محمد اسماعيل ــ نشر مكتبة الكليات الأزهرية ٠

(١٢) مدى حق ولى الأمر ــ الرسالة السابقة د٠ عبد الرحمن عبد العزيز القاسم ص ١٣٦ ٠

م ٧٢ « لا يجوز للقاضى القيام بأى عمل تجارى ، كما لا يجوز له القيام بأى عمل لا يتفق واستقلال القضاء وكرامته » .

م ٩١ ونصها « اذا لم يستطع القاضى بسبب مرضه ، مباشرة عمله بعد انقضاء الأجازات المقررة فى المادة السابقة ، أو ظهر فى أى وقت أنه لا يستطيع لأسباب صحية القيام بوظيفته على الوجه اللائق فانه يحال الى المعاش بقرار جمهورى ... » .

م ١١١ « اذا ظهر فى أى وقت أن القاضى فقد أسباب الصلاحية لولاية القضاء لغير الأسباب الصحية يرفع طلب الاحالة الى المعاش أو النقل الى وظيفة أخرى غير قضائية من وزير العدل ... »(١٣) .

فهذه النصوص التشريعية الواردة فى القانون تقرر عزل القاضى باحالته للمعاش أو نقله الى وظيفة أخرى غير قضائية ، اذا ما توافر فى حقه مبرر من المبررات المنصوص عليها والتى يفقد بسببها أهليته لمباشرة هذه الوظيفة .

---

(١٣) نصوص المواد ٦٩ ، ٧٠ ، ٧٢ ، ٩١ ، ١١١ من تشريعات السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢م .

" المبحث الثـــانى "

مبررات عزل القاضى فى الفقه الاسلامى والقانون الوضعى

" المطلب الاول "

فسق القاضى واخلاله بواجبات وظيفته كمبرر لعزله فى الفقه والقانـــون

أولا ــ فى الفقه الاسلامى :

ضابط الفسق :

عرف بعض الفقهاء الفسق المانع من تولية القضاء بأنه : الفسق المتمثل فى ارتكاب المحرمات المتفق عليها ، أو التى يعتقدهـــا المكلف حراما ، ويرتكبها تتبعا لشهوات نفسه •

يفهم من هذا التعريف ، أن الفسق ينافى العدالة ، فاذا تحقق الفسق انتفت العدالة التى يجب أن يتحلى بها القاضى ، فى ممارسته لوظيفة القضاء بين الناس ، الأمر الذى حدا بفقهاء الشريعة الاسلامية، الى القول بضرورة عزل القاضى اذا ولى مستكملا لصفة العدالة ، ثم زالت عنه هذه الصفة أثناء الولاية بالاتفاق •

ومع ذلك اختلف الفقهاء فيما بينهم فى كيفية عـــزل القـــاضى بالفسق • هل يعزل بنفس الفسق أى بمجرد ظهوره على القاضى ؟ أو أنه يستحق العزل ، ولكن لا يتم العزل الا بصدور القرار ممن لـــه الحق فى عزله ؟ رأيان :

---

(١) أدب القضـــاء لابن أبى الدم ص ٧٢ ــ تحقيق محمد مصـــطفى الزحيلى ــ طبعة دار الفكر •

الرأى الأول :

يرى أنصاره أن القاضى اذا طرأ عليه الفسق ، يستحق العزل ، لكنه لا يعزل الا بصدور قرار العزل من الامام الذى يتمتع بهذا الحق ، استنادا الى أن الحاكم الأعلى له حق التولية وله حق العزل ، باعتباره صاحب العقد ، وصاحب الحل(٢) .

وقد أورد الفقهاء من أنصار هذا الرأى العديد من النصوص المفيدة لذلك ، من هذه النصوص :

جاء فى فقه المالكية :

« لا ينعزل القاضى بالفسق حتى يعزله السلطان وأحكامه نافذة » (٣) .

« ويعزله الامام بالفسق لزوال وصفه » (٤) .

---

(٢) أهلية القاضى ونزاهته فى الفقه الاسلامى د. عبد الرحمن عبد القادر ص٨١ مذكرات على الاستنسل .

ــ درر الغواص فى محاضرة الخواص لابن فرحون ص ٢٩٤ تحقيق محمد أبو الأجفان وعثمان بطيخ ــ طبع المطبعة العتيقة بتونس .

ــ فتح الوهاب للأنصارى جـ ٢ ص٢٠٨ .

ــ نهاية المحتاج للرملى جـ ٨ ص ٢٥٤ .

ــ بلغة السالك جـ ٢ ص ٤٠٤ .

ــ درر الحكام شرح غرر الأحكام لمنلاخسرو ــ جـ ٢ ص ٤٠٤ .

ــ حاشية ابن عابدين جـ ٥ ص ٣٦٣ .

ــ فتح القدير على الهداية جـ ٧ ص ٢٥٤ .

(٣) درة الغواص فى محاضرة الخواص ــ ص٢٩٤ .

(٤) بلغة السالك جـ ٢ ص ٣٠٦ .

فى الفقه الشافعى :

« اختلف الأصحاب اذا فسق هل ينعزل بنفس الفسق أم لا ؟ وجهان (٥) .

« وفى عزله بالفسق وجهان والعزل أرجح » (٦) .

فى الفقه الحنفى :

« وان كان عدلا ففسق بأخذ رشوة يستحق العزل لوجود سبب الاستحقاق » (٧) .

وسبب العزل عدم ائتمان الناس على حقوق الناس .

« ولو كان عدلا ففسق بأخذ رشوة استحق العزل » (٨) .

وجاء فى البدائع « اختلف فقهاء الحنفية فى عزل القاضى بالفسق بأخذ الرشوة مثلا ، فذهب بعضهم الى القول بأنه لا ينعزل ، لكنه يستحق العزل » (٩) .

الرأى الثانى :

القاضى اذا ولى القضاء متمتعا بصفة العدالة ، ثم طرأ عليه

---

(٥) أدب القضاء لابن أبى الدم ـ تحقيق الزحيلى ص ٧٣ .
(٦) نهاية المحتاج للرملى جـ ٨ ص ٤٤٥ .
ـ روضة الطالبين للنووى ـ ص ١٢٦ .
(٧) درر الحكام شرح غرر الأحكام ـ جـ ٢ ص٤٠٤ .
(٨) حاشية ابن عابدين ـ جـ ٥ ص ٣٦٣ .
ـ شرح فتح القدير ـ جـ ٧ ص ٢٥٤ .
(٩) بدائع ـ جـ ٧ ص ١٦ ، الاختيار لتعليل المختار للموصلى جـ ٢ ص ١١٣ .

الفسق ينعزل بمجرد ظهور الفسق عليه ، دون انتظار لصدور قـرار بالعزل من الامام •

وهذا ما رآه بعض المالكية(١٠) فى الاتجاه الثانى ـ والرأى الثانى لبعض الحنفية(١١) والراجح عند الشافعية(١٢) ، وبعض الامامية(١٣)، وبعض الزيدية (١٤) ، والحنابلة (١٥) •

وقد احتج أنصار هذا الرأى بأن القاضى اذا فسق بعد أن كان عدلا ، يكون قد فقد شرط التولية الذى ولى على أساسه ، وبذلك تزول أهليته للقضاء ، وبزوالها تزول صفة القاضى ، دون حاجة الى صدور قرار بزوالها (١٦) •

وقد أورد أنصار هذا الرأى العديد من النصوص المؤيدة لرأيهم، من هذه النصوص :

فى الفقه المالكى :

جاء فى تبصرة الحكام « اذا ظهر عليه الفسق بعد ولايته انفسخ عقده وولايته » (١٧) •

---

(١٠) تبصرة الحكام ج ١ ص ٧٨ •

(١١) درر الحكام ـ ج ٢ ص ٣٠٤ ، شرح فتح القدير ج٧ ص٢٥٤

(١٢) أدب القضاء ـ السابق ـ ص ٧٣ ، فتح الوهاب ج ٢ص٢٠٨ ـ فتح المعين ـ ص ١٣٩ •

(١٣) شرائع الاسلام للحلى ج ٤ ص ٧٠ ، ٧١ •

(١٤) عيون الأزهار فى فقه الأئمة الأطهار لابن المرتضى ص ٤٧١ •

(١٥) المغنى ج ٩ ص ١٠٤ ،منتهى الارادات ج ٢ ص ٥٧٧ •

(١٦) أهلية القاضى ونزاهته ـ ص ٨٢ د• عبد الرحمن عبدالقادر

(١٧) تبصرة الحكام ج ١ ص ٧٨ •

في الفقه الحنفي :

جاء في شرح فتح القدير « اذا ولى عدلا ثم فسق انعزل ، لأن عدالته في معنى المشروطة في ولايتــه ، لأنه حين ولاه اعتمد عدالته ، فكانت ولايته مقيدة بعدالته فتزول بزوالها » (١٨) .

وجاء في البدائع « أن الامام بعد عزله للقاضي الفاسق يعززه ، لأن الذي ولاه ما رضى به الا عدلا » (١٩) .

وجاء في الروضة « ينعزل اذا فسق وخرج عن الصــــفة التي يصلح بها أن يكون قاضيا » (٢٠) .

في الفقه الشافعي :

جاء في حاشية البيجرمي مانصه « وينعزل القاضي بالفسق» (٢١)

وجاء في أدب القضاء « اختلف الأصحاب في القاضي اذا فسق ، هل يعزل بنفس الفسق أم لا ؟

وجهان أصحهما ينعزل بمجرد فسقه ، ولم ينفذ حكمه ـ أيضا ـ ، ويحرم عليه والحالة هذه أن ينصب نفسه للحكم ، ويحكم بين اثنين ، ويجب رفع حاله السيئة الى ولى الأمر ليولى على المسلمين عـــدلا غيره » (٢٢) .

---

(١٨) شرح فتح القدير على الهداية ـ جـ ٧ ص ٢٥٤ .
(١٩) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ١٦ ، معه الاختيار لتعليل المختار جـ ٢ ص ١١٣ .
(٢٠) روضة القضاة للسمناني ـ تحقيق صلاح الناهي جـ ١٤٨/١
(٢١) حاشية البيجرمي جـ ٤ ص ٣٧٤ .
(٢٢) أدب القضاء لابن أبي الدم للزحيلي ص ٧٣ .

وفى الروضة « العزل بالفسق وجهان وقال الشافعى ينعزل»(٢٣)
وجاء فى فتح الوهاب « وينعزل بمجرد الفسق لوجود المنافى(٢٤) .

وفى فتح المعين « وينعزل بالفسق ولو لم يعلم توليه بفسقه الأصلى أو الزائد على ما كان عليه حال توليته ، ولو زالت هذه الأحوال لم تعد الولاية » «(٢٥) .

وفى الفقه الحنبلى :

جاء فى المغنى « اذا تغيرت حال القاضى بفسق أو زوال عقل... فانه ينعزل بذلك » (٢٦) .

وجاء فى منتهى الارادات « وما يمنع التولية يمنع دوامها »(٢٧)

الفقه الزيدى :

جاء فى عيون الأزهار « وينعزل بالجور وظهور الارتشاء »(٢٨)

فى فقه الامامية :

جاء فى شرائع الاسلام « اذا حدث بالقاضى ما يمنع الانعقاد ،

---

(٢٣) روضة الصالحين وعمدة المفتين ص ١٢٦ .
(٢٤) فتح الوهاب للأنصارى ج ٢ ص ٢٠٨ ، ومثله فى مغنى المحتاج ج ٤ ص ٣٨١ .
(٢٥) فتح المعين للمليبارى ص ١٣٩ .
(٢٦) المغنى لابن قدامة ج ٩ ص ١٠٤ .
(٢٧) منتهى الارادات ج ٢ ص ٥٧٧ .
(٢٨) عيون الأزهار فى فقه الأئمة الأطهار لأحمد بن يحيى المرتضى تعليق الشيخ صادق موسى ص ٤٧١ ـ طبعة دار الكتب ـ لبنان .

انعزل وان لم يشهد الامام بعزله كالجنون والفسق ، ولو حكم لم ينفذ حكمه » (٢٩) .

فهذه النصوص تفيد أن القاضى اذا فسق انعزل بمجرد الفسق ، دون انتظار لصدور حكم من الامام بعزله .

الرأى الراجح :

ويترجح فى نظرنا الرأى الأول القائل بأن القاضى اذا فسق يعزل ، ولكن هذا العزل لا يتم الا بصدور قرار من القاضى ، الذى ولاه ، حتى لا تتعطل الأحكام ، وتتوقف مصالح الناس ، ازاء عزل القاضى ، وقبل تعيين غيره ، فقد لا يوجد البديل وقت العزل وأضاف لذلك البعض قائلا : ان كل ما يحتاج الى قرار فى الثبوت ، يحتاج الى قرار فى العزل (٣٠) .

مع العلم بأن ثبوت الفسق على القاضى ، أمر يحتاج الى التحقق منه واتصافه به ، ولا يكون ذلك الا بالنظر فى أمر القاضى ، وتتبع سيره وأحواله ، من جانب الامام ، وذلك حرصا وضمانا لحصانة القاضى ، مما قد يسارع اليه بعض الأفراد من اتهامه بالفسق حتى يرتب عليه بطلان ما أصدره من أحكام ضده (٣١) .

---

(٢٩) شرائع الاسلام فى مسائل الحلال والحرام للامام الحلى ـ ج ٤ ص ٧٠ وما بعدها ، تعليق عبد الحسين محمد على .

(٣٠) أهلية القاضى ونزاهته فى الشريعة الاسلامية د. عبد الرحمن عبد القادر ص ٨٢ وما بعدها مذكرات مكتوبة على الاستنسل لطلاب الدراسات العليا ـ كلية حقوق أسيوط .

(٣١) أهلية القاضى ـ السابق ـ ص ٨٣ .

ثانيا ــ اخلال القاضى بواجبات وظيفته كمبرر لعزله فى القانون :

للقضاة حصانة كامنة ، واستقلال مميز فى ابدائهم لآرائهم ، فى الدعاوى التى ينظرونها ، وفى مقابل هذه الحصانة التى يتمتع بها القاضى ، يجب عليه أن يؤدى واجبه على الوجه الأكمل ، ومن ثم اذا أخل القاضى بواجبه تعرض للمساءلة التأديبية التى قد تنتهى بعزله من ولاية القضاء ، وذلك بعد محاكمة تأديبية ، تتم أمام مجلس تأديب يخصص لذلك •

ولكن ما هى الوقائع التى تبرر عرض القاضى على مجلس التأديب ، والتى يتم عزله بسببها ؟ يجيب على ذلك بعض (٣٢) الشراح قائلا : « من المستحيل أن تحدد مقدما الوقائع التى يمكن أن تكون سببا للمسئولية التأديبية للقضاة ــ والتى يمكن أن تنتهى بعزلهم ــ ولكن يمكن تقسيمها الى مجموعات ثلاث :

(أ) ما يتصل بأداء القاضى لوظيفته ، من هذه تخلف القاضى عن واجب الاقامة فى البلدة التى بها مقر عمله ، أو عن واجب الحضور لعمله وعدم التغيب فى غير أجازة (٣٣) •

---

(٣٢) الوسيط فى قانون القضاء المدنى د• فتحى والى ــ ص ٢٠٣

(٣٣) أحكام المادة ٧٦ من قانون السلطة القضائية ونصها « يجب أن يقيم القاضى فى البلد الذى يكون فيه مقر عمله » ويذكر المستشار يحيى الرفاعى فى تعليقه على هذا انص أن الالتزام بهذا النص أصبح مستحيلا فى أزمة المساكن الراهنة ، ومن ثم وجب تعديل النص وتعميم الحكم الوارد فى الفقرة الثانية ونصها « ويجوز للوزير العدل لظروف استثنائية أن يرخص للقاضى فى الاقامة فى مقر المحكمة الابتدائية التابع لها ، أو فى أى بلد آخر يكون قريبا من محل عمله ، ويكون انتقاله فى هذه الحالة على نفقة الحكومة ••• » ــ تشريعات السلطة القضائية للمستشار يحيى الرفاعى ــ هامش ص ٦٣ •

(ب) ما يتصل بحياته الخاصة ، اذ يجب على القاضى أن يراعى فى حياته الخاصة الامتناع عن أى سلوك — ولو كان فى ذاته مشروعا — لا يتفق مع ما يجب أن يكون عليه من وقار ، وبعد عن الشبهات ، لأنه لا يمكن الفصل بين وظيفة القاضى وحياته الخاصة .

(ج) ما يتصل بنشاطه الخارجى فيمتنع على القاضى من ناحية القيام بمزاولة التجارة أو أى وظيفة أو عمل لا يتفق مع استقلال القضاء وكرامته ، ومن ناحية أخرى الاشتغال بالسياسة أو ابداء رأى سياسى (٣٤) .

وقد ذكر بعض الشراح أن المشروع الفرنسى ، قام بتعريف الخطأ الصادر من القاضى والذى يستوجب مساءلته تأديبيا ، ويعتبر اخلالا منه بواجبات وظيفته يبرر عزله فقال : هو كل مخالفة لواجباته أو مقتضيات وظيفته ، أو اذا قام بأى عمل مخل بالشرف ، أو لا يتفق وكرامة القضاء(٣٥) .

---

(٣٤) أحكام المادتين ٧٢ ، ٧٣ من قانون السلطة القضائية ونصهما:
المادة ٧٢ ونصها : « لا يجوز للقاضى القيام بأى عمل تجارى ، كما لا يجوز له القيام بأى عمل لا يتفق واستقلال القضاء وكرامته » .
المادة ٧٣ ونصها « يحظر على الحاكم ابداء الآراء السياسية ، ويحظر كذلك على القضاة الاشتغال بالعمل السياسى ، ولا يجوز لهم الترشيح لانتخابات مجلس الشعب أو الهيئات الاقليمية أو التنظيمات الا بعد تقديم استقالتهم » .
— الوسيط فى قانون القضاء المدنى ص ٢٠٢ ، د. فتحى والى .
— المرافعات المدنية والتجارية د. عبد الحميد أبو هيف — ص ٢٠٦
— أصول المرافعات المدنية والتجارية د. نبيل اسماعيل عمر ص ٩٧ : ١٠٠ ، نشر منشأة المعارف .
— قوانين المرافعات — د. أمينة النمر ص ١٠١ — نشر منشأة المعارف .

(٣٥) القانون القضائى الخاص — د. ابراهيم نجيب ج ١ ص ٢٦١

وعرفه بعض الشراح قائلا : الخطأ التأديبى هو : كل اخلال من القاضى بواجباته المتعلقة بحالته أو شرفه أو مسلكه أو كرامته (٣٦) •

وبناء عليه فاذا فقد القاضى أسباب صلاحيته لولاية القضاء ، لغير الأسباب الصحية بأن ارتكب خطأ كبيرا ، فى حق مهنته ، أو قام بعمل يتعلق بالشرف أو الكرامة أو باشر عملا يتعارض مع ولايته لفصل المنازعات ، يتم عزله بعد عرضه (٣٧) على مجلس تأديب ، يتم تشكيله من عدد معين من القضاة أشارت اليه المادة ٩٨ (٣٨) من قانون السلطة القضائية وهذا ما أشارت اليه المادة ١١١ من القانون المذكور ونصها : « اذا ظهر فى أى وقت أن القاضى فقد أسباب الصلاحية لولاية القضاء لغير الأسباب الصحية ، يرفع طلب الاحالة الى المعاش أو النقل الى وظيفة أخرى غير قضائية من وزير العدل من تلقاء نفسه، أو بناء على طلب رئيس المحكمة الى المجلس المشار اليه فى المادة ٩٨ من قانون السلطة القضائية ••• » •

---

(٣٦) استقلال القضاء ــ د• محمد نور شحاته ــ ص ٢٢٨ •

(٣٧) قانون القضاء المدنى ــ د• محمود هاشم ــ ص ٢٢٠ •

ــ استقلال القضاء ــ د• محمد نور شحاته ــ ص ٢٢٨ •

ــ الوسيط فى شرح قانون المرافعات ــ د• أحمد السيد صاوى ــ ص ٢٩٤ •

ــ حرية الدفاع ــ طه أبو الخير ص ٧١ ، الوجيز فى قانون القضاء المدنى ــ د• محمد نور ص ١٣٣ •

(٣٨) مادة ٩٨ ونصها « تأديب القضاة بجميع درجاتهم يكون من اختصاص مجلس تأديب يشكل على النحو الآتى : رئيس محكمة النقض رئيسا ، أقدم ثلاثة من رؤساء محاكم الاستئناف ، أقدم ثلاثة من مستشارى محكمة النقض ••• » •

وقد ذكر بعض(٣٩) الشراح أن الخطـأ الذى يؤدى بالقاضى الى العزل لا يمكن حصره ، لأن قوامه ليس مخالفة القـاضى لواجباتـه الوظيفية التى نصت عليها القوانين واللوائح ، بـل تلك التى يقتضيها حسن انتظام العمل ، ومن أمثلة ذلك افشاء أسرار المداولة ، أو تغيبه عن العمل بدون مبرر ، أو قضائه فى دعوى ممنوعة عليه ، أو قيامـه بنشاط سياسى محظور ، أو قيامه بأنشطة تمس الشرف والكرامـة ، وتتعلق بحياته الخاصة (٤٠) وكذا خروجه عن مسلكه فى عمـله عـن الحدود التى يجب عليه التزامها (٤١) ، ومنها احترافه للتجـارة أو حصولة على رتبة أو نيشان من الحكومة ، أو قبول مكافأة فوق مرتبه، أو قبول هدايا ذات قيمة ، فانه ان فعل ذلك كان جزاءه العزل والحرمان من المرتب (٤٢) .

مما سبق عرضـه يتضح لنا أن اخلال القاضى بواجبـات وظيفته أيا كان نوع هذا الاخلال طالما كان متعارضا مع ولايته لفصل المنازعات يعد مبررا لفصله من ولاية القضاء ، لأن القاضى بارتكابه لهذا الخطأ قد فقد أسباب صلاحيته لولاية هذا العمل الجليل ، ويترتب على ذلك ضرورة استبعاده من هذه الولاية سواء كان ذلك بالعزل ، أو بالنقل الى وظيفة أخرى غير قضائية ، عملا بنص المادة ١١١ من قانون السلطة القضائية المشار اليها .

---

(٣٩) الدكتور محمد نور فى كتابه : الوجيز فى قانون القضاء المدنى ص١٥٩ ، انظر للمؤلف نفسـه اسـتقلال السلطة القضائية ص ٢٢٧ وما بعدها ــ الدكتور فتحى والى ــ فى كتابه الوسيط ص ٢٠٢ .

(٤٠) استقلال السلطة القضائية د. محمد نور ص ٢٢٧ ، ٢٢٨ .

(٤١) الوجيز فى قانون المرافعات د. رمزى سيف ص ٤٠
ــ أصول المرافعات ــ نبيل عمر ص ٩٩ .

(٤٢) الوجيز فى المرافعات المصرية د. عبد الفتاح السيد ــ ص ٢٠٠ وما بعدها مطبعة النهضة ١٣٤٢هـ ــ ١٩٢٤م .
ــ المرافعات المدنية والتجارية ــ د. عبد الحميد أبو هيف ص٣٠٦

الموازنة بين الفقه الاسلامى والقانون الوضعى

نلاحظ من خلال عرضنا لآراء الفقهاء فيما يتعلق بعزل القاضى للفسق ، وعرضنا لآراء شراح القانون فيما يتعلق باخـــلال القاضى لواجبات وظيفتــه كمبرر لعزله ، يتضـــح لنا اتفاق أحكام القـــانون الوضعى مع ما جاء فى الفقه الاسلامى الى حد كبير ، لأن الناظر فى الفسق فى الفقه يجده اخلالا من القاضى بصفة العدالة التى ينبغى أن يتحلى بها فى ممارسته لوظيفة فصل المنازعات بين الناس ، واخـــلال القاضى بواجبات وظيفته فى القانون يعد فسقا من جانبه ـــ أيضـــا ، وذلك لخروجه عن مقتضيات هذه الوظيفة بارتكابه ما هو ممنوع من ممارسته ، أثناء آدائه لهذه الرسالة ، ومخالفة هذه القوانين واللوائح التى قررها ولى الأمر ، وتسمية هذا المبرر فى الفقه بأنه فسق،وتسميته اخلالا فى القانون لا يقدح فى أن ما انتهى اليه شراح القانون ؛ يتفق وما قرره الفقهاء فكلا المفهومين يلتقيان فى نقطة واحدة وهى أن كـــلا منهما يعد انتهاكا لصفة يجب توافرها فيمن يلى وظيفة فصل المنازعات، وتخلفها يؤدى الى عزل من يلى هذه الوظيفة .

" المطلب الثـــانى "

المرض أو العجز كسبب لعزل القاضى فى الفقه والقانون

الفـــرع الأول : فى الفقه الاسلامى

الفصل بين الناس وظيفة من أسمى الوظائف ، المستوجبة لـــكل كمال ، ومهنة من أشرف المهن ، مارسها الأنبياء والرسل ، وقام بهـــا الخلفاء والتابعون ، وزان عرشها الفقهاء من بعدهم ، على مر العصور وسالف الدهور .

ومن يمارس هذه الوظيفة ، يعد ملجأ الناس حين تظلم الدنيا بالظلم ، فهو المصباح الذى يضىء طريق الحق ، بكلمة منه يضع الحق فى نصابه ، ويرد للمظلوم مظلمته ، ويردع الظالم عن ظلمه .

واذا ما كان الأمر كذلك ، فلا غرابة ولا غرو ، أن يهتم الفقهاء اهتماما بالغا بشخص القاضى ، ويولوه عناية فائقة ، حتى جعلوه من أشخاص يندر وجودهم لكثرة ما تطلبوه فيه من شروط ، وما ينبغى أن يكون عليه من صفات ، لكى يقيم حدود الله بصورة تحقق العدل ، وتقطع دابر الظلم .

ومن بين هذه الشروط التى اشترطها الفقهاء فى القاضى ، أن يكون خاليا من الأمراض التى تعوقه عن مباشرة هذا العمل ، فتمنعه من توليه ، ان لم يكن متوليا له بالفعل ، وتوجب عزله اذا ما كان متوليا له ثم طرأت عليه .

وحديثنا فى هذا المطلب سيكون قاصرا على القاضى الذى ولى القضاء ، متمتعا بكمال الجسم والبدن ، ثم ابتلاه الله بعد ولايته بمرض أو عجز أفقده الصلاحية الكاملة للاستمرار فى هذا العمل الذى تتعلق به حقوق الناس وأرواحهم .

ومن بين هذه الأمراض مايلى :

أولا : فقد البصر والسمع والكلام ، وهى التى تعرف باسم سلامة الحواس ، والجنون :

وقد اتفق فقهاء الشريعة الاسلامية ، على أن القاضى اذا ولى

---

(١) أهلية القاضى د. عبد الرحمن عبد القادر ص ٨٧ .
نظام القضاء ـ د. ابراهيم عبد الحميد ص ٥٨ .

القضاء سميعا بصيرا متكلما ، ثم فقد واحدة من هذه الحواس ، فانه لا يبقى فى منصب القضاء .

وهذا ما أشارت اليه نصوص الفقهاء الواردة فى مذاهبهم الفقهية المختلفة . ومن هذه النصوص :

(أ) فى فقه المالكية ما يلى :

جاء فى شرح الزرقانى شرح مختصر خليل ما نصه : « وعزل الأعمى والأصم والأبكم واجب » (٢) .

وجاء فى الفواكه « ويجب عزل الأعمى والأصم والأبكم » (٣) .

وجاء فى بلغة السالك « ووجب عزل أعمى وأصم وأبكم ولو طرأ عليه بعد توليته » (٤) .

وجاء فى شرح الخرشى « ويعزل الأعمى والأصم والأبكم لتعذر غالب الاحكام » (٥) .

وجاء فى الدسوقى « ويعزل اذا طرأ عليه عمى أو صم أو بكم » (٦) .

(ب) فى الفقه الشافعى :

جاء فى المغنى « الاغماء والخرس والصمم العمى مبررات لعزل القاضى » (٧) .

---

(٢) شرح الزرقانى على مختصر خليل ج ٧ ص ١٢٤ .
(٣) الفواكه الدوانى لابن مهنا النقراوى ج ٢ ص ٢٩٧ .
(٤) بلغة السالك للشيخ أحمد الصاوى ج ٢ ص ٣٠٦ .
(٥) شرح الخرشى على مختصر خليل ج ٥ ص ١٤٠ .
(٦) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج ٤ ص ١١٦ .
(٧) مغنى المحتاج للخطيب الشربينى ج ٤ ص ٣٨٠ .

وجاء فى الروضة « اذا جن أو أغمى عليه أو عمى أو خرس ينعزل »(٨) .

وجاء فى فتح الوهاب « وينعزل بزوال أهليته كجنون واغماء كغفلة وصمم » (٩) .

وجاء فى فتح المعين « وانعزل بمرض لا يرجى زواله ، ومثل ذلك العمى والصمم لوجود المنافى » (١٠) .

(ج) فى الفقه الحنفى :

جاء فى الحاشية « أربع خصال اذا حلت بالقاضى انعزل ، فوات السمع أو البصر أو العقل أو الدين » (١٠) .

وجاء فى لسان الحكام « أربع خصال لو حلت بالقاضى صار معزولا ، ذهاب البصر والسمع والعقل والردة » (١٢) .

وجاء فى الروضة « وتبطل ولايته بالخرس ، وتبطل ولايته — أيضا — بطرو العمى لأنه لا يصح له معرفة ما يحتاج الى نظره فهو كزوال العقل » (١٣) .

(د) فى فقه الحنابلة :

جاء فى المغنى « اذا تغيرت حال القاضى بفسق أو مرض يمنعه

---

(٨) روضة الطالبين للنووى ص ١٢٥ وما بعدها .
(٩) فتح الوهاب للأنصارى ج ٢ ص ٢٠٨ .
(١٠) فتح المعين لليبارى ص ١٣٩ .
(١١) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٣٦٤ .
(١٢) لسان الحكام ص ٢٢٣ ، ومثل ذلك فى معين الحكام ص٣٣
(١٣) روضة القضاة وطريق النجاة للسمنانى ص ١٤٩ وما بعدها

من القضاء ، فانه ينعزل بذلك ، ويتعين على الامام عزله وجها واحدا » (١٤) .

وجاء فى منتهى الارادات « ويتعين عزله مع مرض يمنعه القضاء » (١٥) .

وجاء فى كشاف القناع « ويشترط أن يكون بصيرا ناطقا ، وأن يكون سميعا ، فان كان بخلاف ذلك انعزل » (١٦) .

(هـ) فى فقه الامامية :

جاء فى شرائع الاسلام « اذا حدث بالقاضى ما يمنع الانعقاد انعزل » (١٧) .

(و) فى فقه الأشيعة :

جاء فى كتاب النيل « ولا تنعقد ولاية الأصم والأبكم والأعمى ، ويجب عزلهم ولو طرأ عليهم ، لعدم المقصود من الفهم والافهام» (١٨).
مما سبق عرضه من نصوص متعددة فى المذاهب الفقهية المختلفة يتضح لنا أن شرط الحواس ، من الشروط المتفق عليها بين فقهاء

---

(١٤) المغنى لابن قدامة ج ٩ ص ١٠٣ .
(١٥) منتهى الارادات ج ٢ ص ٥٧٧ تحقيق عبد الغنى عبد الخالق
(١٦) كشاف القناع عن متن الاقناع للبهوتى ج ٦ ص ٢٩٥ .
(١٧) شرائع الاسلام للحلى ج ٤ ص ٧٠ ، ٧١ تحقيق عبد الحسين محمد على .
(١٨) كتاب النيل وشفاء العليل لمحمد يوسف بن أطفيش ١٣/ ٢٣
ـ راجع فيما يبق تاريخ القضاء : محمود عونوس ص ١٧٠ .
ـ التنظيم القضائى فى الفقه الاسلامى د. محمد مصطفى الزحيلى ٧٠
ـ أهلية القاضى د. عبد الرحمن عبد القادر ص ٨٧ وما بعدها .

الشريعة الاسلامية ، وأن فقد القاضى لحاسة من هذه الحواس ، بعد ولايته مبرر لعزله .

هذا وقد وقع خلاف بين الفقهاء ، حول الوقت الذى يعزل فيه القاضى ، هل يعزل بمجرد فقده لاحدى حواسه ؟ أم لابد من صدور قرار بعزله ممن له ملكية هذا القرار ؟

رأيان : الرأى الاول منهما يرى عزله بمجرد طـــرو المرض أو العجز ، أما الثـــانى فيرى أصـــحابه أنه لا يعزل قبل صـــدور قرار بعزله (١٩) ، وأيا كان الراجح من هذين الرأيين وما يترتب على كل منهما ، فلا يهمنا هذا الخلاف وما يترتب عليه ، بقدر ما يهمنا الاتفاق الذى وقع بين الفقهاء : فى أى القاضى الذى يتعرض لفقد احـــدى حواسه ، يعزل . وهذا ما أشارت اليه النصوص الفقهية .

ثانيا ــ الجنون :

شرط العقل فى القاضى من الشروط التى يتوقف عليهـا صـــحة تعيينه فى هذه الوظيفة باتفاق الفقهاء ، دون مخالفة من أحد منهم فى ذلك (٢٠) ، وهذا دليل على أن القاضى اذا طرأ عليه الجنون بعـــد ولايته يعزل بلا خلاف ، سواء هذا الجنون مطبقـــا يلازمه دائمـــا ولا يفارقه ، أم كان منقطعا يفارقه فى بعض الأوقات (٢١) .

---

(١٩) أهلية القاضى ونزاهته د. عبد الرحمن عبد القادر ــ ص ٨٧ وما بعدها .

(٢٠) مواهب الجليل للحطاب ج ٦ ص ٨٣ ، الخرشى ج ٥ ص ١٣٩ . الأحكام السلطانية للماوردى ص ٦٥ ، المغنى لابن قدامة ج ١١ ص ٣٨٠ المهذب ج ٢ ص ٢٩١ ، مجمع الأنهر ج ٢ ص ١٥٠ ، فتح القدير على الهداية ج ٧ ص ٢٥٣ ، شرائع الاسلام ج ٢ ص ٢٠٤ .

(٢١) أهلية القاضى ــ السابق ــ ص ٨٣ .

لأن الجنون مانع من موانع ولاية القضاء ، فيمنع استمرار هذه الولاية،لأن مايمنع من جواز التولية ابتداء يمنعدوامها واستمرارها(٢٢).

وقد أشار الفقهاء فى كتبهم الفقهية الى العديد من النصوص ، التى تفيد عزل القاضى اذا أصابه الجنون . من هذه النصوص ما يلى :

(أ) فى الفقه المـالكى :

وجاء فى التبصرة « وشروط القضاء التى لا يتم القضاء الا بها ،. ولا تنعقد الولاية ولا يستدام عقدها الا معها عشرة الاسلام والعقل .. وعدم هذه الشروط يوجب العزل »(٢٣) .

وجاء فى المواهب « للقضاء خصال ، لا يتضح أن يلى القضاء الا من اجتمعت فيه هذه الخصال وهى : أن يكون حرا مسلما عاقلا »(٢٤).

(ب) فى فقه الامامية :

جاء فى شرائع الاسلام « اذا حدث بالقاضى ما يمنع الانعقـاد انعزل ، وان لم يشـهد الامام بعزله ، كالجنون والفسق » (٢٥) .

(جـ) فى الفقه الشافعى :

وفقا للراجح فى المذهب : جاء فى حاشية البيجرمى « وينعـزل بنحو جنون أو اغماء ولو قل كلحظة » (٢٦) .

---

(٢٢) منتهى الارادات جـ ٢ ص ٥٧٧ .
ومعه المحلى لابن حزم جـ ٩ ص٣٦٣ .
(٢٣) تبصرة الحكام لابن فرحون جـ ١ ص ٢٣ .
(٢٤) مواهب الجليل للحطاب جـ ٦ ص ٨٣ .
(٢٥) شرائع الاسلام للحلى جـ ٤ ص ٧٠ .
(٢٦) حاشية البيجرمى على المنهج جـ ٤ ص ٣٤٧ .

وفى نهاية المحتاج « اذا جن قاض أو أغمى عليه لا ينفذ حكمه لانعزاله بذلك » (٢٧) .

وجاء فى فتح الوهاب « ولو زالت أهلية القاضى بنحو جنون أو اغماء انعزل » (٢٨) .

وجاء فى اعانة الطالبين « وينعزل بجنون واغماء وان قل زمنهما (٢٩) .

(د) فى الفقه الحنفى :

جاء فى الحاشية « أربع خصال اذا حلت بالقاضى انعزل ، فوات السمع أو البصر أو القتل أو الدين » (٣٠) .

وجاء فى روضة القضاة « وتبطل ولاية القاضى بزوال العقــل ، لأنه يمنع التكليف فيمنع الولاية » (٣١) .

(هـ) فى الفقه الحنبلى :

جاء فى المغنى « اذا تغيرت حال القاضى بفسق أو زوال عقل ينعزل بذلك ، ويتعين على الامام عزله وجهاد واحد »(٣٢) .

---

(٢٧) نهاية المحتاج جـ ٨ ص ٤٤٤ .

(٢٨) فتح الوهاب جـ ٢ ص ٢٠٨ .
وجاء مثل هذا النص فى الاقناع للشربينى جـ ٢ ص ٣٠٠ ، روضة الطالبين ص ١٢٥ .

(٢٩) اعانة الطالبين ــ جـ ٤ ص ٢٢٢ طبعة الحلبى .

(٣٠) حاشية ابن عابدين جـ ٥ ص ٣٦٤ .
ــ مثل ذلك ورد فى معين الحكام ص ٣٣ ، لسان الحكام ص ٢٢٣ .

(٣١) روضة القضاة ص ١٤٩ .

(٣٢) المغنى لابن قدامة جـ ٩ ص ١٠٤ .

وجاء فى منتهى الارادات « ما يمنع التولية ابتداء يمنع دوامها.. كما لو طرأ عليه ذلك لفسق أو زوال عقل » (٣٣) .

وهناك رأى مرجوح فى الفقه الشافعى يرى جواز بقاء القاضى الذى جن جنونا غير مطبق ، وهذا ما أشار اليه صاحب كتاب أدب القضاء قائلا « لو جن القاضى أو أغمى عليه هل ينعزل أم لا ؟ وجهان » (٣٤) .

وجاء فى المغنى « أن القاضى اذا جن جنونا منقطعا ، وكان زمن الافاقة أكثر من زمن الجنون ، بحيث يمكنه القيام بواجبات وظيفته ، فانه لا ينعزل بذلك الجنون قياسا على الامام ، فكما أن الامام لاينعزل بالجنون المتقطع الذى لا يعوقه فكذلك القاضى »(٣٥) .

ونحن نرى أن هذا الرأى لا يقدح فى الاتفاق الذى تم بين الفقهاء حول تمتع القاضى بكمال العقل كشرط لولايته لفصل المنازعات ، ومن ثم فان القاضى الذى ولى القضاء متمتعا بكمال العقل ، ثم زالت عنه هذه الصفة ، فانه ينعزل قولا واحدا ، حتى أن بعض (٣٦)الفقهاء، لم يكتف بكمال عقل القاضى كشرط لولايته لهذا العمل ، وانما اشترطوا فيه أن يكون جيد الفهم لا ينخدع بتحسين الكلام ، فاذا كان الأمر كذلك ، فكيف يلى القضاء من فقد عقله بالكلية .

---

(٣٣) كشاف القناع للبهوتى ج ٦ ص ٢٩٧ ـ تحقيق هلال مصيلحى

(٣٤) أدب القضاة لابن أبى الدم ج ١ ص ٢٧٥ ، تحقيق محيى هلال السرحان .

(٣٥) مغنى المحتاج ج ٤ ص ٣٨٠ ، أهلية القاضى د. عبد الرحمن عبد القادر ص ٨٣ .

(٣٦) البدائع ج ٩ ص ٤٠٢٧ ، الخرشى ج ٥ ص ١٣٩ .
معين الحكام ص ١٣ ، الأحكام السلطانية للماوردى ص ٦٥ .

الفرع الثانى : المرض أو العجز كمبرر لعزل القاضى فى القانون

من مبررات عزل القاضى فى القانون الوضعى المرض أو العجـز الذى لا يستطيع معه القاضى القيام بواجبات وظيفته، وهذا ما يمكن فهمه من نص المادة ٩١ من قانون السلطة القضائية ونصها « اذا لم يستطع القاضى بسبب مرضـه مباشرة عمله بعد انقضـاء الأجازات المقررة ، أو ظهر فى أى وقت أنه لا يستطيع لأسباب صحية القيـام بواجبات وظيفته على الوجه اللائق ، فانه يحال الى المعـاش بقرار جمهورى ، يصدر بناء على طلب وزير العدل . وبعد موافقة المجلس الأعلى للهيئات القضائية »(٣٧) .

واضح من النص المشـار اليه ، أن المرض الذى يؤدى الى منع القاضى من أدائه لوظيفته ، يحال الى المعاش ويعزل من ولاية القضاء، وقد ذكر بعض(٣٨) الشراح أن هذا المرض يشمل المرض الجسـدى أو العقلى أو النفسى ، وسواء أدى المرض الى قعود القاضى عن مباشرة عمله أو أدى المرض الى جعـل القاضى غير قادر على القيام بوظيفته على الوجه اللائق(٣٩) .

وعلى الرغم من أن النص الوارد بقانون السلطة القضائية ، لم يحدد نوعية المرض الذى يؤدى الى عزل القاضى ، الا أنه وضع معيارا عاما ، تمثل فى أن مجرد اصابة القاضى بأى مرض من شـأنه ، اعاقة القاضى من قيامه بواجبه يعد مبررا لعزل القاضى من ولاية القضاء ،

---

(٣٧) نص المادة ٩١ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢م .

(٣٨) المستشار طه أبو الخير فى كتابه حرية الدفاع ص ٥٨١ .

(٣٩) قانون القضاء المدنى د. محمود هاشم ص ٢١٩ وما بعدها .

— استقلال القضاء — د. محمد نور شحاته ص ١٩١ .

— الوسيط فى قانون القضاء المدنى د. فتحى والى ص ١٩٩ .

ومن ثم فان أى مرض من شـأنه مع القاضى من آدائه لواجبـه على الوجه اللائق ، فانه يعد سببا لعزل القاضى ، أما اذا كان هذا المرض لا يؤدى الى هذه النتيجة فلا يعد مبررا للعزل فى القانون •

الفرع الثالث : الموازنة بين الفقه الاسلامى والقانون الوضعى

بعد أن عرضنا موقف الفقه الاسلامى ، وأحكام القانون الوضعى فيما يتعلق بكون المرض أو العجز مبررا يعد مبررا لعزل القاضى فى النظامين الوضعى والاسلامى •

اتضح لنا أن : فقهاء الشريعة الاسلامية كانوا أشـد حرصا على تمتع القاضى بكمال الجسد والبدن ، بدليل أنهم حددوا نوعية المرض الذى يؤدى بالقاضى الى العزل بالاضافة لذلك ، فان الفقهـاء ذكروا أن مجرد اصابة القاضى بالمرض أو العجز يعد مبررا كافيا لعزله ، سواء كان المرض أو العجز يؤدى الى عدم قيام القاضى بواجبه على الوجه اللائق أم لا ، أما شراح القانون الوضـعى فانهم يشترطون لتطبيق مبدأ عزل القاضى للاسباب الصحية ، أن يكون المرض أو العجز مانعا للقاضى من آدائه لواجبه على الوجه اللائق ، بعد منحه الأجـازات الكافية ، والمقررة قانونا •

فاذا لم يكن المرض مانعا للقاضى من قيامه بواجبه ، لا يعـزل فى القانون ، وان دل هذا على شىء ، فانما يدل على مدى الاهتمـام الزائد ، والعناية الفائقة ، من جانب فقهاء الشريعة الاسلامية بشخص القاضى ، باعتباره شخصا ليس بعادى ، وانما يجب أن يكون مستجمعا لكل صفات الكمال ، خلقا وخلقا ، حتى يستطيع ارساء قواعد العدل ، بين الناس ، غاية ما فى الأمر أن ما انتهى اليه شراح القانون يجـد سنده واضحا فى قواعد الشريعة الاسـلامية ، وأن ما قرره الفقهاء فى هذا المجال مازال ولا يزال صالحا لكل عصر وجيل ، ولن يستطيع أى نظام مجاراة النظام الاسلامى فى صورته الحقيقية التى ظهر عليها •

" المطلب الثالث "

عزل الامام للقاضى فى الفقه وعدم كفاءته فى القانون كمبررين لعزله فى النظامين الاسلامى والوضعى

الفرع الأول : عزل الامام للقاضى فى الفقه الاسلامى

للحاكم الذى ولى أمر المسلمين ، بحسب الراجح أن يعزل القاضى اذا ما وقع منه ما يقتضى عزله ، لأن تصرفات الحاكم منوطة بمصالح المسلمين ، الأمر الذى يستلزم من الامام ألا يصدر شيئا من أمور المسلمين الا عن رأى ثاقب ، ومن ثم لا يجوز للامام أن يعزل (١) القاضى دون مقتض ، لأنه ولاه لمصلحة المسلمين عامة ، وقد تعلق به حق الأمة ، فوجب ابقاؤه طالما لم يحدث منه ما يوجب العزل .

وقيل ينفذ عزل الامام للقاضى ولو لم يحدث منه ما يستدعى العزل (٢) ، ويتعرض الامام لخطر الاثم أمام الله (٣) والأول أرجح وهو القائل بعدم العزل .

وقد ذكر الفقهاء بعض المبررات التى يجوز للامام أن يعزل القاضى بمقتضاها ، من هذه المبررات :

---

(١) المغنى لابن قدامة جـ ٩ ص ١٠٤ .
- مغنى المحتاج جـ ٤ ص ٣٨١ .
- اعانة الطالبين جـ ٤ ص ٢٢٣ .
- شرائع الاسلام - للحلى جـ ٤ ص ٧١ .

(٢) روضة القضاة وطريق النجاة للسمنانى ص ١٥٢ .

(٣) أدب القضاة لابن أبى الدم جـ ١ ص ١٥٠ - تحقيق محيى هلال السرحان .

(أ) مصلحة المسلمين اذا كانت تستلزم عزل القاضى ٠
(ب) تظاهر الشكوى من القاضى ٠

وسنعرض أولا : للمصلحة كمبرر لعزل القاضى ٠

والمراد بالمصلحة التى تستوجب عزل القاضى هى : مصلحة المسلمين العامة ، وقد ذكر بعض الشراح أن جمهور الفقهاء يقررون اعتبار المصلحة مبررا لعزل القاضى ، ومنهم من أجمل القول ، فلم يوضح أو يفسر تلك المصلحة ، ومنهم من وضحها ، وذكر أمثلة عليها ، كوجود أصلح منه ، أو أقوى ، أو أصبر منه (٤) ٠

وهذا ما أشارت اليه نصوص الفقهاء ، التى أوردوها فى كتبهم ، من هذه النصوص مايلى :

(أ) فى فقه المالكية :

جاء فى فتح الرحيم « ويجوز عزله لمصلحة ، فان كان عدلا وجب على الامام اظهار براءته (٥) ٠

وجاء فى بلغة المسالك « وجاز للامام عزل من ولاه القضاء لمصلحة اقتضت ذلك » ٠

ثم فسر المصلحة قائلا ككون غيره أفقه منه ، أو أقوى منه ، وفى هذه الحالة اذا عزله برأه ، كما وقع لشرحبيل قاضى عمر ، فلما

---

(٤) مدى حق ولى الأمر فى تنظيم القضاء وتقييده د٠ عبد الرحمن القاسم ــ دكتوراه ص ١٥٦ ٠

(٥) فتح الرحيم على فقه الامام مالك بالأدلة للشنقيطى ج ٣ ص ١٢٣ طبعة دار الطباعة المحمدية ــ الطبعة الأولى ١٣٨٩هـ ــ ١٩٦٩م ٠

أراد عمر عزله قال له : أعن سخط يا أمير المؤمنين ؟ قال : لا ولكن وجدت من هو أقوى منك قال : ان عزلك لي عيب ، فأخبر الناس بعذرى ففعل » (٦) .

(ب) فى فقه الامامية :

جاء فى شرائع الاسلام « أما لو رأى الامام عزله لوجه من وجوه المصالح ، أو لوجود من هو أتم منه نظرا ، فانه جائز مراعاة للمصلحة (٧) .

(ج) فى فقه الشافعية :

وجاء فى أدب القضاء « قال الامام الشافعى : للامام عزل القاضى اذا رابه منه أمر ، ويكفى فيه غلبة الظن ، فلو لم يظن غير الخير ، قال الأصحاب : ان عزله بأفضل منه نفذ ، ومن هو دونه فى الصلاحية لا ينفذ فى ظاهر المذهب ، وبمثله وجهان ... فان عزل القاضى بمن هو دونه لمصلحة رآها نفذ العزل » (٨) .

وجاء فى اعانة الطالبين « ويجوز عزله لوجود أفضل منه ، وان لم يظهر فيه خلل ، رعاية لمصالح المسلمين » (٩) .

وجاء فى مغنى المحتاج « ويجوز عزل القاضى بمثله ، أو بمن هو

---

(٦) بلغة السالك جـ ٢ ص ٣١٠ ، الشرح الصغير جـ ٤ ص ١٢ .
(٧) شرائع الاسلام للحلى ـ جـ ٤ ص ٧١ .
(٨) أدب القضاء لابن أبى الدم ص ٩٤ ـ تحقيق محمد الزحيلى .
(٩) عانة الطالبين وعمدة المفتين جـ ٤ ص ٢٢٣ .

دونه لمصلحة المسلمين ، كتسكين فتنة ، فان لم يكن فى عزله مصلحة فلا يجوز عزله ، لأنه عبث وتصرف الامام يصان عن ذلك »(١٠) .

(د) وفى الفقه الحنفى :

جاء فى روضة القضاة « للامام عزل القاضى من غير سبب يوجب العزل » (١١) .

هذا النص وان لم يدل على جواز عزل القاضى للمصلحة بالنص، لكن القياس فيه واضح ، فاذا كان للامام عزل القاضى بدون مبرر ، فالأولى عزله للمصلحة .

(هـ) فى فقه الحنابلة :

جاء فى المغنى « وأما ان عزله الامام الذى ولاه ، أو غيره ففيه وجهان : أحدهما ليس له ، لأن عقده لمصلحة المسلمين ، فلم يملك عزله مع سداد حاله ، والثانى له عزله لما روى عن عمر أنه قال : لأعزلن أبا مريم وأولين رجلا ، اذا رآه الفاجر فرقه ، فعزله عن قضاء البصرة، وولى كعب بن سوار ، وقد ولى على — كرم الله وجهه — أبا الأسود ثم عزله فقال : لم عزلتنى وما خنته وما جنيت ؟ فقال : انى رأيتك يعلو كلامك على كلام الخصمين » (١٢) .

فهذا العمل الذى قام به الامام على — كرم الله وجهه — ليس له مبرر سوى مصلحة المسلمين العامة .

---

(١٠) مغنى المحتاج جـ ٤ ص ٣٨١ .
(١١) روضة القضاة ص ١٥٢ .
(١٢) المغنى لابن قدامة جـ ٩ ص ١٠٤ .

فهذه النصوص الفقهية تؤكد جواز عزل القاضى للمصلحة ، ومن ثم فقد ذكر بعض الباحثين أنه يمكن حمل العذر على كل مصلحة اقتضت العزل فيوافق هذا القول ، أقوال الفقهاء الآخرين ، الذين أجازوا العزل للمقتضى أو للمصلحة أو للتهمة ، فكلها أعذار للعزل تحمل معنى المصلحة (١٣) .

أما اذا كان العزل لغير مصلحة فلا يجوز عند البعض (١٤) لأنهم اعتبروا ذلك من قبيل العبث ، والامام يجب أن يصان عن ذلك فى تصرفه .

وقيل ينفذ العزل ، ولكن يتعرض صاحب الأمر لخطر الاثم والمسئولية أمام الله (١٥) .

وبهذا ننتهى الى القول بضرورة توافر المصلحة ، كمبرر لعزل القاضى فى الفقه الاسلامى ، سواء كانت هذه المصلحة ظاهرة لنا ، أو خافية علينا ، ومن ثم فقد ذكر بعض الباحثين قائلا : هب أنه قد تعذر علينا ادراك تلك المصلحة ، التى كان يبتغيها عمر بن الخطاب حينما عزل شرحبيل ، فمن منا مثل عمر الذى اقترن العدل باسمه ، خاصة وأن القاضى ولى القضاء لمصلحة المسلمين ، والامام تولى أمور المسلمين ليحقق لهم هذه المصلحة : بجلب المنافع ودرء المفاسد ، وليس من

---

(١٣) مدى حق ولى الأمر فى تنظيم القضاة دكتوراه لعبد الرحمن القاسم ص ١٥٧ .

(١٤) مغنى المحتاج ج ٤ ص ٣٨١ .
— اعانة الطالبين ج ٤ ص ٢٢٣٤ .
— تبصرة الحكام لابن فرحون ج ١ ص ٧٨ .
— روضة الطالبين — ص ١٢٦ .

(١٥) أدب القضاء للزحيلى ص ٩٤ .

المصلحة عزل القاضى اذا لم تتغير حاله ، أو لم تكن هناك مصلحة تتحقق من ذلك (١٦) ٠

وأيد ذلك أستاذنا الدكتور / حامد أبو طالب فى عزل عمر لأبى مريم قائلا : ان هذا العزل كان لمصلحة رآها سيدنا عمر وهى اللين فيه ، حتى أنه لم يعد يخشاه الفاجر ، فعزله عمر ، وولى شخصا يخشاه الفاجر ، ولاشك أن فى ذلك مصلحة للمسلمين (١٧) ٠

ثانيا : الشكوى من القاضى كمبرر لعزله فى الفقه الاسلامى :

من المبررات الداعية الى عزل القاضى فى الفقه الاسلامى ، تعدد الشكوى وتظاهرها ضد القاضى ، ولكن الشكوى لا تعتبر مبررا لعزل القاضى ، اذا كان القضاء متعينا (١٨) فى حق القاضى المشكو فى حقه ، فاذا كان القضاء متعينا فى حق القاضى ، لا يجوز عزله بسبب الشكوى حتى لا تتعطل الأحكام ، وتتوقف مصالح الناس ، ويحدث الخلل ٠

وقبل أن نذكر الأدلة على عزل القاضى بالشكوى ، نبين تقسيم الفقهاء للقاضى المشكو فى حقه ، فقد قسموه الى قسمين :

(أ) قاض مشهور بالعدالة ، وهذا الصنف من القضاة لا يعزل بمجرد الشكوى منه ، ولا يكشف عنه (١٩) ٠

---

(١٦) استقلال السلطة القضائية فى النظامين الوضعى والاسلامى ـ رسالة دكتوراه للدكتور يس عمر يوسف ـ مقدمة لكلية حقوق عين شمس ١٩٨٤ م ص ٣٧٧ ٠

(١٧) التنظيم القضائى ـ د٠ حامد أبو طالب ص ٩٣ ٠

(١٨) مغنى المحتاج ـ ج ٤ ص ٣٨١ ٠

(١٩) تبصرة الحكام ـ ج ١ ص ٧٧ ٠

(ب) قاض غير مشهور بالعدالة ، وهذا القاضى يجب الكشف عنه عند الشكوى منه •

وهذه الأحكام هى ما أشارت اليها نصـــوص الفقهاء فى مذاهبهم المختلفة كما يلى :

فى الفقه المـــالكى :

جاء فى الزرقانى « ولا ينبغى عزله بمجرد الشكوى منه ، ان شهر بالعدالة ، وان لم يشتهر بالعدالة ، فلا ينبغى عزله بمجرد الشكوى قبل الكشف عنه » •

وقال الامام مطرف يعزل ، وقيل ان لم يجد بدلا منه كشف عنه ، فان كان على ما يجب أبقاه ، وان كان على غير ذلك عزله »(٢٠) •

وجاء فى التبصرة « ويجب على الامام أن يسأل عن القضاة ، فاذا ظهرت الشكية بهم ولم تعرف أحوالهم ، ســـأل عنهم ، فان كانوا على طريق الاســـتقامة أبقاهم ، وان كانوا على ما ذكر عزلهم ، واختلف فى عزل من اشتهرت عدالته بتظاهر الشكوى ، قال مطرف : ليس عليه عزل من عرف بالعدالة والرضا ، اذا اشتكى به وان وجد منه عوضا ، فان فى ذلك فسادا للناس على قضاتهم ، وقال أصبغ : أحب الى أن يعزله وان كان مشهورا بالعدالة والرضا ، اذا وجد منه بدلا ، لأن فى ذلك صلاحا للناس ، وأما ان كان المشكو غير مشهور بالعدالة فليعزله اذا وجد منه بدلا ، وتظاهرت عليه الشكية ، فان لم يجد منه بدلا ، كشف عن حاله ، فان ظهر صدق الشكوى عزله الامام ، وان قال الذين بعثهم للســـؤال عنه ، ما نعلم الا خيرا أبقاه »(٢١) •

---

(٢٠) شرح الزرقانى على مختصر خليل ــ جـ ٧ ص ١٣٠ •

(٢١) تبصرة الحكام جـ ١ ص ٧٧ ، ٧٨ •

وجاء فى الخرشى « ولا ينبغى عزله بمجرد شكية واحدة ، بل حتى تكثر فيه الشكاوى وتتضافر حينئذ يعزله ، واذا عزله فانه يوقفه للناس ليرفع من أمره ويخفض(٢٢) ، وان لم يشتهر بالعدالة لا ينبغى عزله بمجرد الشكوى قبل الكشف عنه »(٢٣) ٠

فى الفقه الشافعى :

جاء فى نهاية المحتاج « وللامام عزل قاض ظهر منه خلل لا يقتضى انعزاله ، ككثرة الشكاوى منه ، أو ظن أنه ضعيف ، أو زالت هيبته فى القلوب ، وذلك لما فيه من الاحتياط »(٤٠) ٠

وجاء فى المغنى « اذا كثرت الشكاوى منه وجب عزله بشرط ألا يكون متعينا للقضاء فان كان متعينا لم يجز عزله ، ولو عزله لم ينعزل »(٢٥) ٠

فى الفقه الحنفى :

جاء فى معين الحكام « فان كان المشكو فى حقه غير مشهور بالعدالة فليعزله ، اذا وجد منه بدلا ، وتظاهرت عليه الشكية ، فان لم يجد منه بدلا ، كشف عن حاله فان صدق ما قيل فيه من الشكاية ، عزله ، ونظر

---

(٢٢) وفى هذا المعنى جاء فى شرح الزرقانى على مختصر خليل ج ٧ ص ١٣١ ما نصه « وان عزله عن سخط فليظهره للناس لئلا يولى عليهم بعد اذ ، فانه لا يولى ولو صار أعدل زمانه ، وان كان على غير سخط برأه كما حدث فى قصة عزل عمر لشرحبيل » ٠

(٢٣) حاشية الخرشى جـ ٥ ص ١٤٧ ٠

ـ الدسوقى على الشرح الكبير ـ جـ ٤ ص ١٢٢ ٠

(٢٤) نهاية المحتاج للرملى جـ ٨ ص ٤٤٥ ٠

(٢٥) مغنى المحتاج جـ ٤ ص ٣١٨ ٠

في أقضيته ، فما وافق الحق أمضاه ، وما خالفه فسخه ، وان لم يعلم فيه الا الخير أبقاه ، أما من اشتهر بالعدالة فهل يعزل بظاهر الشكوى أم لا ؟ قال البعض : لا يعزل من عرف بالعدالة والرضا ، لأن في عزله فساد للناس على قضاتهم »(٢٦) .

مما سبق عرضه من نصوص يتضح لنا أن تعدد الشكوى من القاضي تعد مبررا لعزل القاضي في الفقه الاسلامي ، اذا كانت الشكاوى ضد من لم يشتهر بالعدالة أما اذا كان القاضي مشهورا بالعدالة ، فلا تعد الشكوى مبررا لعزل القاضي ، حتى لا تكون الشكوى وسيلة لذم الصالحين لهذه الولاية ، ومع ذلك فان الشكوى ينبغي أن تكون وسيلة، وسببا في البحث ، والتحري ، فاذا ما ثبت مضمونها وجب الأخذبها (٢٧)

الفرع الثاني : عدم كفاءة القاضي كمبرر لعزله في القانون

عدم كفاءة القاضي في عمله ، من المبررات التي تؤدي الى عزله في القانون الوضعي وهذا ما أشارت اليه المادة ١١٢ من قانون السلطة القضائية ونصها « يعرض وزير العدل على المجلس(٢٨) المشار اليه في المادة ٩٨ أمر الرؤساء بالمحاكم الابتدائية والقضاة ومن في درجتهم من رجال النيابة العامة الذين حصلوا أو يحصلون على تقريرين متواليين بدرجة أقل من المتوسط ، ويقوم المجلس بفحص حالتهم ، فاذا تبين صحة التقارير أو صيرورتها نهائية بالتطبيق لنص المادتين ٧٩ ، ٨١ قرر احالتهم الى المعاش أو نقلهم الى وظيفة أخرى غير قضائية » .

---

(٢٦) معين الحكام ص ٣٣ .

(٢٧) مدى حق ولي الأمر في تنظيم القضاء ـ دكتوراه عبد الرحمن القاسم ص ١٤٠ .

(٢٨) مجلس التأديب الخاص بتأديب القضاة وعزلهم .

يفهم من هذا النص أن قضاة المحاكم الابتدائية ورؤساءها الذين تقل كفاءتهم ويحصلون على تقارير — تقريرين متواليين — بدرجة أقل من المتوسط ، يحق لمجلس التأديب — فى حالة صحة هذه التقارير — عزلهم من ولاية القضاء والسبب فى ذلك ، أن قضاة المحاكم الابتدائية فى القانون يخضعون فى الترقية لنظام التقارير التى تعدها ادارة التفتيش القضائى بوزارة العدل ، أما مستشارو محكمة النقض ، ومحاكم الاستئناف ، فيتم ترقيتهم الى المناصب الأعلى بدون تقارير ، وانما على أساس أهليتهم فى العمل القضائى مع مراعاة نظام الأقدمية(٢٩) .

وبناء على ما سبق يتضح لنا أن عدم كفاءة القاضى الابتدائى ، أحد مبررات عزله فى القانون ، سواء تم العزل بالاقالة الى المعاش ، أو بالتحويل الى وظيفة أخرى غير قضائية .

والهدف من ذلك ، هو حث القاضى على عدم التراخى فى عمله ، وحمله على بذل كل جهده ، للوصول الى مركز أحسن(٣٠) ، وأن نظام الترقية فى سلم القضاء هو الوسيلة الأكثر ضمانا للتأكد من صلاحية شخص معين لتولى منصب قضائى أكثر تقدما ، وبالتالى أكثر مسئولية(٣١) .

الفرع الثالث : الموازنة بين الفقه الاسلامى والقانون الوضعى

من خلال عرضنا لآراء الفقهاء فى الفقه الاسلامى فيما يتعلق بجواز عزل الامام للقاضى للمصلحة وعزله للشكوى ، يتضح لنا أن مسلك المشرع الوضعى فيما يتعلق بجواز عزل القاضى لعدم كفاءته فى القانون

---

(٢٩) قانون المرافعات د. محمد عبد الخالق عمر ص ٢٢٢ ، ٢٢٣ ، ٢٣٤ مطبعة النهضة ١٩٧٨ — القانون القضائى د. نجيب — السابق ص ٢٧١

(٣٠) القانون القضائى — د. نجيب — السابق ص ٢٧١ .

(٣١) الوسيط فى قانون القضاء المدنى — د. فتحى والى ص ٢٠٠ .

يتشابه الى حد كثير مع ما قرره الفقهـــاء ، من حق ولى الأمر فى عزل القاضى للمصلحة ، وذلك لأن عزل القاضى للمصلحة ، يحمل فى طياته عدم كفاءته ، وأن العزل لعدم الكفاءة ، يعد عزلا للمصلحة ، لأنه لو كان القاضى كفئا لمــا كانت هناك مصـــلحة فى عزله ، وما تظــاهرت عليه الشكوى ، الا أن المشرع الوضعى يعاب عليه ، أنه قد جعل حق العزل لعدم الكفاءة مقصورا على فئة معينة من القضاة ، وهم قضـــاة المحاكم الابتدائية ورؤساؤها فقط .

أما فى الفقه الاسلامى فان الامام له الحق فى عزل القاضى للمصلحة أيا انت مكانته ، طالت فترة ولايته للقضاء أو قصرت ، وهذا ان دل على شىء فانما يدل على أن الفقهاء كانوا أكثر وأشد حرصا على نزاهة القاضى وعدالته ، من المشرع الوضعى ، لأن عدم الـــكفاءة كما تلحق بالقاضى الابتدائى ، فقد تلحق بالمستشار بالاســتئناف والنقض ــ أيضا ــ ، ومع ذلك لا يجيز المشرع عزلهم لعدم الكفاءة .

ومن هنا تبدو قيمة الفقه الاسلامى وحرص فقهـــائه على اختيار أفضل العناصر ذات الصلاحية الكاملة لولاية هذا العمل الجليل .

المطلب الرابع

استقالة القاضى بارادته فى الفقه الاسلامى والقانون الوضعى

الفرع الأول : فى الفقه الاسلامى

اذا تنحى القاضى برغبته واختياره عن ولاية القضاء ، فهل يمكن من ذلك أم لا ؟

اختلف فقهاء الشريعة الاسلامية في تنحى القاضي بارادته واختياره — وهو ما يعرف بنظام الاستقالة من ولاية القضاء — الى رأيين :

الرأى الأول لجمهور الفقهاء(١) ويقولون : ان القاضى له الحق فى تقديم استقالته من ولاية القضاء ، وهذه الاستقالة تعد مبررا كافيا لعزله من منصبه ، بشرط ألا يكون متعينا للقضاء ، فان كان متعينا عليه حرم عزله .

الرأى الثانى : أن القاضى لا يجوز له عزل نفسه ولا تنحيته بارادته(٢) .

أدلة الفريقين ونصوصهم الفقهية :

(أ) استدل أنصار الرأى الأول بأن القاضى يجوز له عزل نفسه باختياره :

بأن المسلمين قالوا للخليفة الثالث عثمان بن عفان : اعزل نفسك ، فقال : لا أفعل ، فلو لم يملك هذا الحق لما امتنع عن تنفيذه(٣) ، وأن

---

(١) اعانة الطالبين — ج ٤ ص ٢٢٢ ، الفروع للمقدسى ج ٤٣٨/٦
— عيون الأزهار ص ٤٧١ ، أدب القضاء لابن أبى الدم ص ٩٤ .
— حاشية الخرشى ج ٥ ص ١٣٧ ، لسان الحكام ص ٢٢٤ .
— معين الحكام ص ٣٢ ، تبصرة الحكام ج ١ ص ٧٨ .
— منتهى الارادات ص ٥٧٦ ج ٢ ، روضة القضاة ص ١٤٩ .
— فتح العين ص ١٣٩ ، الاقناع للشربينى ج ٢ ص ٣٠٠ .
— نهاية المحتاج ج ٨ ص ٤٤٥ .
(٢) الفروع ج ٦ ص ٤٣٨ ، معين الحكام ص ٣٣
— لسان الحكام ص ٢٢٤ .
(٣) الفروع ج ٦ ص ٤٣٨ .

وولاية القضاء كالوكالة ، فهو عقد جائز من الطرفين ومن ثم فله أن يعزل نفسه متى شاء(٤) .

وهذا يدل على أن القاضى له أن يتنحى عن هذه الولاية برغبته ، وقيد بعض الفقهاء ممارسة هذا الحق بعدم تعين القضاء على القاضى ، والا حرم(٥) .

وأضاف بعض أنصار هــذا الرأى الى أدلتهم : أن أمر القضـــاء شديد ، ولا يقدر على القيام بحقه الا من وفقه الله ـ تعالى ـ ، ومن ثم فان القاضى له الحق فى عزل نفسه قبل الشروع فى القضاء وبعده ، لأنه من العقود الجائزة من الطرفين(٦) .

وقد أورد أنصار هذا الرأى العديد من النصوص التى تفيد جواز عزل القاضى لنفسه منها :

فى الفقه الشـــافعى :

جاء فى اعانة الطـــالبين « له عزل نفســـه ما لم يتعين ، فان تعين لم ينعزل »(٧) .

وجاء فى أدب القضاء « ولو عزل نفسه اختيارا انعزل »(٨) .

وجاء فى فتح المعين : « وله عزل نفسه كالوكيل »(٩) .

---

(٤) أدب القضاء لابن أبى الدم للزحيلى ص ٩٢ .
(٥) اعانة الطالبين للسيد البكرى جـ ٤ ص ٢٢٣ .
(٦) حاشية الخرشى جـ ٥ ص ١٣٧ .
(٧) اعانة الطالبين جـ ٤ ص ٢٢٢ .
(٨) أدب القضاء للزحيلى ص ٩٥ .
(٩) فتح المعين ص ١٣٩ .
ـ ومثال ذلك فى نهاية المحتاج جـ ٨ ص٢٤٥ ، الاقناع جـ٢ ص٣٠٠

فى الفقه الزيدى :

جاء فى عيون الأزهار « وله عزل نفسه فى وجه من ولاه »(١٠) .

فى الفقه المـالكى :

جاء فى حاشية الخرشى « للقاضى عزل نفسه اختيارا قبل الشروع فى القضاء وبعده ، لأن أمر القضاء شديد ولا يقدر عليه الا من وفقه الله ــ تعالى ــ ، وهو من العقود الجائزة من الطرفين »(١١) .

وفى التبصرة « وأما عزل نفسه اختيارا لا لعجز ولا لعذر،فالظاهر عند بعض العلماء أنه يمكن من ذلك قياسا على الوكيل ، لكن ينبغى أن يلتفت فى عزل نفسه ، هل تعلق لأحد حق بقضائه ، حتى يكون انعزاله ضررا لمن التزم القضاء بينه وبين خصمه فيمنع من ذلك »(١٢) .

فى الفقه الحنفى :

جاء فى معين الحكام « وأما عزل نفسه اختيارا لا عجزا ، فالظاهر عند بعض العلماء أنه يمكن من ذلك »(١٣) .

وجاء فى لسان الحـاكم « القاضى اذا قال عزلت نفسى وسـمع السلطان ينعزل كما فى الوكيل ، أما بدون سماع السلطان فلا »(١٤) .

وجاء فى الروضة «وتبطل ولايته اذا عزل نفسه هو عن القضاء»(١٥)

---

(١٠) عيون الأزهار ص ٤٧١ .
(١١) حاشية الخرشى ج ٥ ص ١٣٧ .
(١٢) التبصرة ج ١ ص ٧٨ .
(١٣) معين الحكام ص ٣٣ .
(١٤) لسان الحكام ص ٢٢٤ .
(١٥) روضة القضاة للسمنانى ص ١٤٩ .

فى الفقه الحنبلى :

جاء فى منتهى الارادات « ومن عزل نفسه انعزل »(١٦) ٠

هذه النصوص الفقهية تدل على أن القاضى له الحق فى تقديم استقالته بارادته ، على الرغم من تقييد بعض الفقهاء لهذا العزل ، بعدم تعيين القضاء على القاضى كشرط لعزله ، وعلم السلطان بهذا العزل عند البعض الآخر ، احتجاجا بأنه موكول الى عمل يحرم عليه اضاعته ، وعلى الامام أن يعفيه اذا وجد غيره فيتم عزله باستعفائه واعفائه ولا يتم بأحدهما(١٧) ٠

(ب) أدلة الرأى الثانى ونصوصه :

استدل أصحاب الرأى الثانى القائلين بأن القاضى ليس من حقه تقديم استقالته بارادته بقولهم : ان القاضى نائب عن العامة ، وحق العامة متعلق بقضائه ، فلا يملك عزل نفسه (١٨) ٠

كما استدلوا — أيضا — بأن الرسول لا يجوز له عزل نفسه عن الرسالة ، فكذلك القاضى لأنه يفضى الى تأخير استيفاء الحقوق ، والى اسقاط الحدود ، لأن الحد عند أبى حنيفة لا يجب فى دار خلت من أمام، ولأن أبا بكر لو ملك عزل نفسه لما سأل المسلمين عن ذلك(١٩) ٠

من النصوص الفقهية المؤيدة لهذا الرأى :

جاء فى معين الحكام « لا ينعزل بعزل نفسه ، لأنه نائب عن الأمة

---

(١٦) منتهى الارادات جـ ٢ ص ٥٧٦ ٠

(١٧) تاريخ القضاء عرنوس ص ١٧٠

(١٨) لسان الحكام ص ٢٢٤ ٠

(١٩) كتاب الفروع لابن مفلح جـ ٦ ص ٤٣٩ ٠

وحق العامة متعلق بقضائه ، فلا يملك عزل نفسه »(٢٠) .

الرأى الراجح :

وبعد أن استعرضنا آراء الفقهاء ، فيما يتعلق بأحقية القاضى لتقديم استقالته بارادته فى الفقه الاسلامى وعدمه ، يتضح لنا وجاهة الرأى الأول بأن استقالة القاضى بارادته تعد مبررا لعزله ، الا أن استعمال هذا الحق يجب ألا يكون مطلقا ، وانما يجب أن يكون محاطا ببعض الضمانات التى تهدف الى تحقيق مصلحة المسلمين .

من هذه الضمانات ما يلى :

(أ) يجب أن يكون هناك من يصلح للقضاء غيره ، حتى تكون الاستقالة مقبولة وتبرر تنحيه عن ولاية القضاء،حتى لا تتعطل الأحكام، لأن مصلحة المسلمين مقدمة على مصلحة القاضى .

(ب) ألا يتعلق بقضائه حق للغير ، منعا لضياع الحقوق على بعض المتخاصمين .

(جـ) أن يتم قبول الاستقالة من الامام أو من ينيبه الامام فى ذلك .

فاذا ما تحققت هذه الضمانات ، كانت استقالة القاضى بارادته مبررا لعزله ، واذا انتفت فلا يقبل من القاضى عزل لنفسه ، لأن المصلحة العامة للمسلمين مقدمة على مصلحة القاضى الخاصة .

---

(٢٠) معين الحكام ص ٣٣ .
ـ لسان الحكام ص ٢٢٤ .
ـ مدى حق ولى الأمر فى تنظيم القضاء ص ١٤٥ .

الفرع الثانى : استقالة القاضى فى القانون كبرر لعزله

يرتبط مبدأ عدم قابلية القاضى للعزل ، بجواز استقالته فى أى وقت ، وقد تضمنت المادة ٢/٧٠ سلطة قضائية النص على أن استقالة القاضى بارادته ، تعد من مبررات عزله ، ونصها « وتعتبر استقالة القاضى مقبولة ، من تاريخ تقديمها لوزير العدل ، اذا كانت غير مقترنة بقيد أو معلقة على شرط » .

يفهم من النص المذكور أن القاضى من حقه أن يقدم استقالته باختياره ، فى أى وقت يراه مناسبا بالنسبة له ، وتعتبر هذه الاستقالة من تاريخ تقديمها لوزير العدل مقبولة طالما كانت غير مقيدة بقيد ولا مقترنة بشرط(٢١) .

أما اذا كانت مقيدة بقيد أو معلقة على شرط ، فلا تعتبر مقبولة من تاريخ تقديمها ، وانما يرجع فى ذلك الى الأصل العام المقرر فى نظام موظفى الدولة(٢٢) .

كما تضمنت المادة ٢/٧٧ سلطة قضائية — أيضا — أن القاضى يعتبر مستقلا اذ ا انقطع عن عمله ثلاثين يوما بدون اذن ، ولم يتقدم بعذر مقبول ، ولو كان ذلك بعد انتهاء مدة اجازته أو اعارته أو ندبه لغير عمله(٢٣) .

---

(٢١) قانون المرافعات د. محمد عبد الخالق ص ٢٣٠ .

(٢٢) المذكرة الايضاحية للقانون رقم ٧٤ لسنة ١٩٦٣ الخاص بتعديل أحكام قانون السلطة القضائية المرفق بتشريعات السلطة القضائية للمستشار يحيى الرفاعى ص ١٨٢ .

(٢٣) محمد عبد الخالق — السابق ص ٢٣١ .

فاذا تقدم القاضى بعذر مقبول يبرر هذا الغياب فلا يعد القاضى مستقيلا ، هذا فيما يتعلق باستقالة القاضى الاختيارية ، أو استقالته بارادته فى القانون •

أما ما يعرف بنظام الاحالة الى المعاش عند بلوغ السن القانونية ، فذلك يعتبر استقالة اجبارية للقاضى ، بمعنى أنه كل من يصل الى الحد المقرر ، يعزل من وظيفته القضائية ، وقد أشارت المادة ٦٩ سلطة قضائية الى سن الاحالة للمعاش ونصها « استثناء من أحكام قوانين المعاشات لا يجوز أن يبقى فى وظيفة القضاء أو يعين فيها من جاوز عمره ستين سنة ميلادية ، ومع ذلك اذا كان بلوغ القاضى سن التقاعد فى الفترة من أول أكتوبر الى أول يوليو ، فانه يبقى فى الخدمة حتى هذا التاريخ دون أن تحتسب هذه المدة فى تقدير المعاش أو المكافأة»

الفرع الثالث : الموازنة بين الفقه والقانون الوضعى

مما سبق عرضه من آراء لفقهاء الشريعة الاسلامية ، ونصوص قانونية فيما يتعلق بجواز استقالة القاضى بارادته يتضح لنا : أن مبدأ جواز استقالة القاضى بارادته من المبادىء التى طبقت فى النظامين الوضعى والاسلامى • وان كان هناك بعض الخلاف فى القواعد التى تحكم هذه الاستقالة منها ما هو وارد فى الفقه الاسلامى كضرورة علم السلطان بالاستقالة وقبولها ، وعدم تعيين القضاء على القاضى كشرط لقبول الاستقالة ، ومنها ما هو وارد فى القانون الوضعى كضرورة أن تكون غير مقيدة ، ولا معلقة على شرط كشرط لقبولها يوم تقديمها •

غاية ما فى الأمر أن المبدأ فى النظامين قد طبق ، وتعتبر الاستقالة مبررا لعزل القاضى فى الفقه والقانون،أما الخلاف فى القواعد التنظيمية فله ما يبرره ، وهو أن كل نظام له أن يضع القواعد التى يراها مناسبة لتحقيق الأهداف التى يبغيها هذا النظام والتى تتلاءم مع أفراد أمته ؛

والخلاف الذى نراه حقيقيا بين الفقه والقانون هو التحديد الوارد فى القانون الوضعى لسن الاحالة للمعاش وتحديده بستين عاما ميلادية، هذا التحديد لم تعرفه الأنظمة القضائية فى الفقه الاسلامى ، وذلك لأن أهلية القاضى فى الفقه ليس لها حـد أقصى ، وانما كان هناك معيار شرعى تمثل فى الصلاحية الكاملة لهذه الولاية ، فما دام القاضى متمتعا بالصلاحية الكاملة لهذا العمل ، فلا يجوز عزله لكبر سنه .

ومن ثم فان كبر السن لا يعتبر من مبررات عزل القاضى فى الفقه الاسلامى ، ولا يعد ذلك قصورا فى أحكام الفقه الاسلامى وقواعده ، لأن العبرة فى ممارسة هذه الولاية بالأهلية والصـلاحية ، ومن ناحية الأهلية أو الصلاحية فقد أولاها الفقهاء عناية فائقة بحيث لا يستطيع باحث من الباحثين أن يثبت أن أى نظام قضائى حديث أو قديم،قد فاق عناية الفقهاء بشخص القاضى وأهليته ، فان دل هذا على شىء ، فانما يدل على مدى صلاحية الفقه الاسلامى وأحكامه لكل عصر من العصور، وأن الشريعة الاسلامية شريعة متطورة ذات صلاحية كاملة فى المـاضى والحاضر والمستقبل .

نتائج البحث

النتيجة الأولى : اخلال القاضى بواجبات وظيفته كمبرر لعزله فى القانون ، يتفق الى حد كبير مع اعتبار الفسق كمبرر لعزل القاضى فى الفقه الاسلامى .

النتيجة الثانية : عدم كفـاءة القاضى كمبرر لعزله فى القانون ، يتفق مع حق الامام فى عزل القاضى للمصلحة والشكوى منه فى الفقه الاسـلامى .

النتيجة الثالثـة : المرض أو العجز مبرر كاف لعزل القـاضى فى القانون الوضعى وأحكام الفقـه الاسلامى ـ من حيث المبدأ ـ مع

تمييز أحكام الفقه الاسلامى عن القانون الوضـــعى فيما يتعلق بهذه النتيجـــة ، لأن المرض أو العجز مبرر لعزل القاضى فى الفقه بلا قيـــد ولا شرط ، أما فى القانون فهو مبرر ان أدى المرض أو العجز بالقاضى الى الاخلال بالقيام بآداء الواجب على الوجه اللائق •

النتيجة الرابعة : اتفاق القـــانون مع الفقه الاســـلامى فى جوازا تنحى القاضى بارادته من ولاية القضاة مطلقا فى القانون ، وبشرط عدم تعيين القضاء على القاضى عند بعض الفقهاء ، وقبول الامام للاستقالة عند البعض •

النتيجة الخامسة : استقلال القانون فى القول بعزل القاضى عند بلوغه سن الستين ، وعدم الاشارة لذلك فى الفقه ، لأن ضابط الصلاحية فى الفقه مقرون بكمال الأهلية ، دون التقيد بسن معينة •

النتيجة السادسة : صلاحية أحكام الفقه الإسلامى للتطبيق فى كل زمان ومكان •

مراجع البحث

اولا :

١ ـ القرآن الكريم ٠

ثانيا : كتب الفقه :

(أ) فى الفقه المالكى :

٢ ـ تبصرة الحكام لابن فرحون فى أصول الأقضية ومناهج الأحكام ـ طبعة الحلبى الأخيرة ١٣٧٨هـ ـ ١٩٥٨م ٠

٣ ـ شرح الزرقانى على مختصر خليل ـ مطبعة محمد افندى بمصر ٠

٤ ـ فتح الرحيم على فقه الامام مالك بالأدلة للشنقيطى ـ طبعة أولى ١٣٨٩هـ ـ ١٩٦٩م دار الطباعة المحمدية ٠

٥ ـ الفواكه الدوانى للنفراوى ـ الطبعة الثالثة ـ الحلبى ١٣٧٤هـ ـ ١٩٥٥م ٠

٦ ـ بلغة السالك لأقرب المسالك للصاوى ـ طبع المكتبة التجارية ٠

٧ ـ الشرح الصغير للدردير ـ طبع مطابع الشركة المصرية للطباعة والنشر ١٣٩٤هـ ـ ١٩٧٤م ٠

٨ ـ حاشية الخرشى على مختصر خليل ـ المطبعة العامرة الشرفية سنة ١٣١٧هـ ٠

٩ ـ الدسوقى على الشرح الكبير ـ المطبعة الخيرية ١٣٢٤هـ ٠

(ب) الفقه الشافعى :

١٠ ـ نهاية المحتاج للرملى ـ طبعة الحلبى ٠

١١ ـ روضة الطالبين وعمدة المفتين للنووى ، تحقيق زهير الشاويش ـ مطبوعات المكتب التجارى الاسلامى ـ بيروت ـ طبعة ثانية ١٤٠٥هـ ـ ١٩٨٥م ٠

١٢ ـ الاقناع فى حل ألفاظ أبى شجاع للخطيب ـ مطبعة دار احياء الكتب العربية ٠

١٣ ـ الأحكام السلطانية للماوردى ، الحلبى ـ الثالثة ـ ١٣٩٣هـ ٠

١٤ ـ فتح الوهاب بشرح منهاج الطلاب للأنصارى ـ طبعة عيسى الحلبى.

١٥ ـ فتح المعين بشرح قرة العين للمليبارى ـ دار احياء الكتب العربية ٠

١٦ ـ أدب القضاء لابن أبى الدم ـ تحقيق محيى هلال السرحان ـ مطبعة الارشاد / بغداد ١٤٠٤هـ ـ ١٩٨٤م ، طبعة أخرى تحقيق محمد مصطفى الزحيلى ـ دار الفكر ـ دمشق طبعة ثانية ١٤٠٢هـ ـ ١٩٨٢م ٠

١٧ ـ مغنى المحتاج للخطيب ـ طبعة الحلبى ـ ١٣٥٢هـ ـ ١٩٣٣م ٠

١٨ ـ اعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين للسيد البكرى ـ طبعة عيسى الحلبى ٠

١٩ ـ حاشية البيجرمى على المنهج للأنصارى ـ طبعة أخيرة ١٣٦٩هـ ـ ١٩٥٠م الحلبى ٠

(جـ) الفقه الحنفى :

٢٠ ـ معين الحكام للطرابلسى ـ طبعة ثانية ـ الحلبى ـ ١٣٩٣هـ ـ ١٩٧٣م

٢١ ـ لسان الحكام لابن الشحنة ـ طبعة ثانية ـ الحلبى ـ ١٣٩٣هـ ـ ١٩٧٣م ٠

٢٢ ـ حاشية ابن عابدين ـ طبعة ثانية ـ ١٣٨٦هـ ـ ١٩٦٦م ـ الحلبي .

٢٣ ـ درر الحكام في غرر الأحكام لمنلاخسرو ـ مطبعة أحمد كامل ـ دار السعادة ١٣٢٩هـ .

٢٤ ـ شرح فتح القدير على الهداية للمرغيناني ـ طبعة الحلبي .

٢٥ ـ البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم ـ الطبعة الأولى ـ المطبعة العلمية .

٢٦ ـ بدائع الصنائع للكاساني ـ طبعة ثانية ـ دار الكتب العلمية ـ بيروت ١٤٠٦هـ ـ ١٩٨٦م .

٢٧ ـ الاختيار لتعليل المختار للموصلي ـ طبع الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية ـ ١٣٩٩هـ ـ ١٩٧٩ م

٢٨ ـ روضة القضاة وطريق النجاه للسمناني ـ تقديم صلاح الناهي ـ طبع دار الفرقان ، عمان ـ الثانية ـ ١٤٠٤هـ ١٩٨٤م .

(د) الفقة الحنبلي :

٢٩ ـ المغني لابن قدامة ـ تحقيق سالم محيسن وشعبان محمد اسماعيل ـ طبع الكليات الأزهرية .

٣٠ ـ منتهى الارادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات لابن النجار ـ تحقيق عبد الغني عبد الخالق ـ طبع عالم الكتب .

٣١ ـ القواعد للحافظ بن رجب ـ دار المعرفة ـ بيروت .

٣٢ ـ الاختيارات الفقهية لابن تيمية ـ اشراف عبد الرحمن حسن محمود ـ نشر المؤسسة السعيدية بالرياض .

٣٣ ـ كشاف القناع عن متن الاقناع للبهوتي ـ تعليق هلال مصيلحي مصطفى هلال ـ مكتبة النصر الحديثة بالرياض

٣٤ ـ الفروع لابن مفلح ـ مراجعة عبد الستار فـراج ـ طبعة عالم الكتب ـ بيروت ـ ١٤٠٤هـ ١٩٨٤م .

(هـ) فى الفقه الظاهرى :

٣٥ ـ المحلى لابن حزم ـ طبعة دار الفكر بيروت ـ تحقيق أحمد محمد شاكر ـ منشورات المكتب التجارى ـ بيروت .

(و) فى فقه الشيعة :

اولا : الفقه الاباضى :

٣٦ ـ شرح كتاب النيل وشفاء العليل لابن أطفيش ـ مكتبة الارشاد السعودية ـ ١٤٠٥هـ ١٩٨٥م .

ثانيا : فى الفقه الامامى :

٣٧ ـ شرائع الاسلام فى مسائل الحلال والحرام للحلى ـ طبعة دار الأضواء ـ طبعة ثانية ١٤٠٣هـ ١٩٨٣م .

ثالثا : فى الفقه الزيدى :

٣٨ ـ عيون الأزهار فى فقه الأئمة الأطهار لأحمد بن يحيى المرتضى ـ تعليق الشيخ صادق مرسى ـ طبعة دار الكتاب اللبنانى ـ ١٩٧٥ ـ الطبعة الأولى .

ثالثا : المراجع اللغوية :

٣٩ ـ القاموس المحيط للفيروزابادى الحلبى .

٤٠ ـ لسان العرب لابن منظور ـ طبعة دار المعارف .

٤١ ـ تاج العروس من جواهر القاموس للزبيدى ـ المطبعة الخيرية ـ ١٣٠٦هـ .

٤٢ ـ التعريفات للجرجاني ـ مكتبة لبنان ـ ساحة رياض الصلح ـ بيروت ١٩٨٥م ٠

٤٣ ـ المصباح المنير للفيومي ـ المكتبة العلمية ـ بيروت ٠

رابعا : المراجع القانونية :

٤٦ ـ القانون القضائي الخاص ـ د/ ابراهيم نجيب ـ دار المعارف ٠

٤٧ ـ الوسيط في قانون القضاء المدني ـ د/ فتحي والي ـ طبعة ثانية ـ ١٩٨١م ٠

٤٨ ـ قانون القضاء المدني ـ د/ محمود هاشم ـ دار الفكر العربي ٠

٤٩ ـ الوسيط في شرح قانون المرافعات ـ د/ أحمد السيد صاوي دار النهضة ١٩٨٧م ٠

٥٠ ـ الوجيز في قانون القضاء المدني ـ د/ محمد نور شحاته ـ بدون مطبعة ٠

٥١ ـ استقلال القضاء ـ د/ محمد نور شحاته ـ دار النهضة ٠

٥٢ ـ حرية الدفاع ـ المستشار طه أبو الخير ـ طبعة أولى ١٩٧١ ـ منشأة المعارف ٠

٥٣ ـ الوجيز في المرافعات المصرية د/ عبد الفتاح السيد ـ طبعة النهضة الثانية ١٩٥٧م ٠

٥٤ ـ الوجيز في قانون المرافعات د/ رمزي سيف ـ مطبعة النهضة ـ ١٩٥٧ م ٠

٥٥ ـ أصول المرافعات ـ د/ نبيل اسماعيل عمر ـ نشر منشأة المعارف٠

٥٦ ـ المرافعات المدنية والتجارية د/ عبد الحميد أبو هيف ـ مطبعة الاعتماد ـ ١٣٤٠هـ ١٩٢١م ٠

٥٧ ـ قانون المرافعات د/ محمد عبد الخالق عمر ـ دار النهضة ١٩٧٨م

٥٨ ـ قانون المرافعات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨م ٠

٥٩ ـ تشريعات السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ ـ تعليق المستشار / يحيى الرفاعى ٠

خامسا : مراجع فقهية حديثة :

٦٠ ـ أهلية القاضى ونزاهته فى الشريعة الاسلامية د/ عبد الرحمن عبد القادر ـ مكتوبة على الآلة الناسخة لطلبة الدراسات العليا ـ حقوق أسيوط ٠

٦١ ـ التنظيم القضائى فى الفقه الاسلامى / محمد مصطفى الزحيلى ـ دار الفكر ـ دمشق ١٤٠٢هـ ١٩٨٢م ٠

٦٢ ـ نظام القضاء فى الاسلام د/ ابراهيم عبد الحميد ـ مذكرات على الآلة الناسخة ٠

٦٣ ـ التنظيم القضائى الاسلامى د/ حامد أبو طالب ـ طبعة أولى ـ ١٤٠٢هـ ١٩٨٢م مطبعة السعادة ٠

٦٤ ـ تاريخ القضاء فى الاسلام / محمود عرنوس ـ نشر مكتبة الكليات الأزهرية ٠

سادسا : رسائل علمية :

٦٥ ـ رسالة دكتوراه « مدى حق ولى الأمر فى تنظيم القضاء » د/ عبد الرحمن عبد العزيز القاسم ـ مقدمة لكلية حقوق القاهرة ١٩٧٣م ٠

٦٦ ـ « استقلال السلطة القضائية فى النظامين الوضعى والاسلامى » رسالة دكتوراه مقدمة لكلية حقوق عين شمس من يس عمر يوسف ـ ١٩٨٤م ٠

شهادة النساء مراتبها ونصابها

دراسة فقهية مقارنة

دكتور / الليثى حمدى خليل الليثى
مدرس بقسم الفقه المقارن
بكلية الشريعة والقانون بأسيوط

تقـــديم :

الحمد لله الذى أمرنا بشادة الحق ، وبقول الصــدق « يا أيهــا الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفســكم أو الوالدين والأقــربين »(١) « كونوا قوامين لله شــهداء بالقســط ولا يجرمنكم شنآن قوم على ألا تعدلوا اعدلوا هو أقرب للتقوى(٢) ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد المبعوث رحمة للعالمين ، وعلى آله وصحبه الطيبين الطاهرين ، ومن تبعهم باحسان وتوفيق الى يــوم المشهد العظيم ــ وبعد : ــ

فنظرا لأهــمية الشهادة ، وصعوبة الاستغنــاء عن شــهادة المرأة ــ اذ فى هجرها ضياع لكثير من الحقوق ــ بل تحتم ضرورات الحياة اعتبــارها والعمل بها ، وفى ذلك نفع عميم ، فقد اســتخرت الله تعالى ، واستعنت به ، فى القاء الضوء على هذا الموضوع ، وتناولته فى الخطوات التالية :

معنى الشهادة وأهميتها ــ شهادة النساء أصل ــ مراتب شــهادة المرأة ــ نصاب هذه الشهادة ــ شهادة النساء ويمين المدعى .

---

(١) النساء : ١٣٥ .
(٢) المائدة : ٨ .

أولا ــ معنى الشهادة :

هى فى اللغة(٣) : أصلها الحضور ، من قولهم شــهد المكان أى حضره ، والمشاهدة : المعاينة مع الحضور ، فهى خبر قاطع بما حضر وعاين .

وقيل : هى مأخوذة من العلم ، لقوله تعالى (شهد الله أنه لا اله الا هو) (٤) بمعنى علم وبين ، كأن الشاهد يبين ما يوجب حــكم القاضى .

وتسمى الشهادة : بينة ، لأنها تبين ما التبس ، وتكشف الحــق فيما اختلف فيه .

وفى الاصطلاح :

هى اخبار صدق لاثبات حق بلفظ الشهادة فى مجلس القضاء (٥) ولها تعريفات أخرى كثيرة ، لا تخرج عن كونها : اخبار عمــا علم بلفظ الشهادة .

---

(٣) لسان العرب لابن منظور ، ط دار المعــارف ، مادة : شهد ؛ القاموس المحيط للفيروزآبادى ، ط الحلبى ، ط ثانية ١٩٥٢م ١/٣١٦ ، النظم المستعذب فى شرح غريب المهذب لابن بطــال الركبى ٢/٣٢٤ ، ط دار المعرفة ــ ط ثانية ١٩٥٩م .

(٤) آل عمران : ١٨ .

(٥) فتح القدير للكمال بن الهمام ٧/٣٦٤ ط دار الفكر ــ بيروت ــ لبنــان ، اللبــاب فى شرح الكتاب : عبــد الغنى الغنيمى ٣/١٠٦ ط المعاهد الأزهرية .

مشروعيتها :

الشهادة مشروعة والأصل فيها الكتاب والسنة والاجماع والمعقول.

١ ــ فمن الكتاب : آيات كثيرة منها :

(أ) قوله تعالى « وأشهدوا اذا تبايعتم » (٦) .

(ب) وقوله سبحانه « وأشهدوا ذوى عدل منكم وأقيموا الشهادة لله » (٧) .

(جـ) قوله عز وجل « واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء » (٨) .

وجه الدلالة من النصـوص الكريمة واضح ؛ للامر بها ، والأمر يقتضى طلب الفعل ، والحق تعالى لا يطلب منا الا ماهو مشروع لنا .

٢ ــ ومن السنة : نقتطف الآتى :

(أ) عن ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لرجل : ترى الشمس ؟ قال : نعم ، قال : على مثلها فاشـهد أو دع (٩) .

(ب) روى مسلم فى صحيحه عن زيد بن خالد الجهنى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « ألا أخبركم بخير الشهداء ؟ هو الذى يأتى

---

(٦) البقرة : ٢٨٢ .

(٧) الطـلاق : ٢ .

(٨) البقرة : ٢٨٢ .

(٩) سبل السلام : للصنعانى ٤/١٣٠ ط الحلبى ، ط رابعة ١٩٦٠م

بالشهادة قبل أن يسألها » وفى رواية لأحمد « الذين يبدؤن بشهادتهم من غير أن يسئلوا عنها » (١٠) .

(ج) عن الأشعث بن قيس قال : كان بينى وبين رجل خصومة فى بئر ، فاختصمنا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال « شاهداك أو يمينه » (١١) .

من جملة هذه الأحاديث — وغيرها كثير — تظهر مشروعية الشهادة ، اذ بينت مكانتها ، وكذلك توقف الحكم عليها .

٣ — وجمع الفقهاء على مشروعية الشهادة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا دون نكير من أحد (١٢) .

٤ — والمعقول يشهد لها ، لأن الحاجة داعية اليها ، لحصول التجاحد بين الناس ، فوجب الرجوع لها ، خوف فوات الحق وضياع العدل واستحكام الظلم ، قال شريح : القضاء جمر فنحه عنك بعودين — يعنى الشاهدين — وانما الخصم داء ، والشهود شفاء ، فأفرغ الشفاء على الداء (١٣) .

---

(١٠) المصدر السابق ٤/١٢٦ ، نيل الأوطار : للشوكانى ٨/٢٩٦ الناشر : مكتبة الدعوة الاسلامية — شباب الأزهر .

(١١) المرجع السابق ٨/٣٠٢ .

(١٢) المغنى لابن قدامة ١٢/٤ ط دار الفكر — لبنان — ط أولى عن وزارة الأوقاف والشئون الاسلامية بالكويت ١٩٨٤م ، الشرح الكبير : لشمس الدين بن قدامة ١٢/٣ مطبوع أسفل المغنى السابق ، مغنى المحتاج : الشربينى الخطيب ٤/٤٢٦ ط الحلبى ١٩٥٨م .

(١٣) المغنى والشرح الكبير ١٢/٤ .

أهمية الشهادة وخطورتها :

من وجه المعقول السابق تظهر لنا أهمية الشهادة ومكانتها ، لذلك دعا الله تعالى لتحملها وأدائها « ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا » (١٤) ، بل حكم بالاثم على كاتمها « ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه » (١٥) وخص القلب بالاثم ؛ لأنه موضع العلم بها ، ولأن الشهادة أمانة فلزم أداؤها كسائر الأمانات .

لذا : نهى الحق تعالى عن ايقاع الضرر بالشهود « ولا يضار كاتب ولا شهيد » (١٦) ، بل أمر النبى صلى الله عليه وسلم باكرام الشهود — اظهارا لمكانة الشهادة ، وكونها من أعلى وسائل الاثبات(١٧) وبها يستخرج الحق ويدفع الظلم — فقال « أكرموا الشهود ، فان الله يستخرج بهم الحقوق ، ويدفع بهم الظلم » (١٨) ، والمراد بهم شهود الصدق .

أما شهادة الكذب فهى من أكبر الكبائر ، وشهود الزور جزاؤهم النار — اذ بأقوالهم يختل ميزان العدل ، وينتشر الظلم ، وتضيع الطمأنينة من القلوب — روى البخارى ومسلم فى حديث أبى بكرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « ألا أنبئكم بأكبر الكبائر ، قلنا بلى يا رسول الله ، قال : الاشراك بالله ، وعقوق الوالدين ، وكان متكئا

---

(١٤) البقرة : ٢٨٢ .

(١٥) البقرة : ٢٨٣ .

(١٦) البقرة : ٢٨٢ .

(١٧) ولا يتقدمها فى ذلك سوى الاقرار ، باعتباره سيد الأدلة .

(١٨) المقاصد الحسنة فى بيان كثير من الأحاديث المشتهرة على الألسنة : للسخاوى ص٧٨ ط الخانجى بمصر .

فجلس وقال : ألا وقول الزور ، وشهادة الزور ، فما زال يكررها حتى قلنا : ليته سكت » (١٩) •

وروى ابن ماجة عن ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لن تزول قدم شاهد الزور حتى يوجب الله له النار » (٢٠) •

ثانيا ــ شهادة النساء أصل لا بدل :

شهادة المرأة ثابتة بالكتاب والسنة والاجماع والمعقول ، ولم يخالف أحد من الفقهاء فى مشروعيتها جملة •

لكن هل شهادتها أصل ، أم بدلية حالة عدم حضور الرجال ؟

أقوال للفقهاء (٢١) :

١ ــ ذهب بعض العلماء : الى أنها بدلية حقيقة ، لا تقبل الا عند عدم رجال يشهدون ، لظاهر قوله تعالى « فان لم يكونا رجلين ، فرجل وامرأتان » (٢٢) فالآية ظاهرة أنه لا تقبل شهادتين الا حالة عدم ذكور يشهدون •

ولأن الأصل فيها عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبط وقصور الولاية ، فكانت شهادتهن بدلية ليست أصلية •

---

(١٩) نيل الأوطار ٢٩٩/٨ •

(٢٠) المصدر السابق نفس الصفحة •

(٢١) الهداية للميرغينانى ، فتح القدير ، العناية على الهدايه للبابرتى ٣٦٩/٧ : ٣٧٤ ، الطرق الحكمية فى السياسة الشرعية لابن قيم الجوزية ص ١٦٠ ، ١٧١ ط المدنى للطباعة والنشر ، الجامع لأحكام القرآن الكريم للقرطبى ٣٩١/٣ ط دار الفكر ــ بيروت ــ لبنان •

(٢٢) البقرة : ٢٨٢ •

٢ ــ وذهب عدد من الفقهاء : الى أن فيها شــبهة البدلية ، لقوله تعالى « فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان » ، فظاهر الآيــــة أنه لا تقبل شهادتهن الا عند عدم رجال يشهدون ، لكن لمـا لم يكن ذلك معمولا به عند أهل الاجماع ، نزلت الى شبهة البدلية ، ولذا لا تقبل فيها الشهادة على الشهادة .

٣ ــ وذهب فريق ثالث : الى أن شهادة النساء أصل (٢٣) ، بدليل جوازها مع امكان العمل بشهادة الرجلين ، ولأن الأصل فيهـا القبول لاستوائها مــع الرجل فى حصول ما تقوم به الشهادة ، وهو المشاهدة والأداء .

ولعموم قوله تعالى « وأشهدوا اذا تبايعتم » وقوله « ولا يأب الشهداء اذا مادعوا » وقوله « ولا تكتموا الشهادة » وقوله سبحانه « وأقيموا الشهادة لله » فعموم هذه النصوص تشملها ، وهن ضمن من أمر بعدم الامتناع حين الدعوة للشهادة ، وبعدم كتمانها ، وكيف يطالبن باقامة الشهادة لله ، وتكون شهادتهن ليست أصلا .

قال البابرتى : عن شهادة النساء : فانها جائــــزة ، مع امكان العمل بشهادة الرجلين .

ورد الكمال بن الهمام على من جعل شهادة النساء بدلية ، ولاتصح الا عند عدم رجال يشهدون ، فقال : لم يكن ذلك معمولا به عند أهل الاجماع .

الراجح :

ونميل لهذا القول الأخير باعتبار شهادة النساء أصــلا ــ نعم

(٢٣) فى الأمور التى تقبل فيها ، سواء مع رجل أو بدونه ، حسب أقوال الفقهاء فى ذلك .

شهادة الرجل أقوى الطرق وأولاها ، لأن النساء يتعذر غالبا حضورهن مجالس الحكام ، ومكانهن البيت ، ويقل ضبطهن ، لذا قدم الحق تعالى الرجال « واستشهدوا شهيدين من رجالكم » لتوافر الرجال فى كل مكان ، غالبا ، وعدم الحرج لهم ، وأخر النساء « فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان » لما ذكرنا ، وليس لكون شهادتهن بدلية — وتصح مع امكان العمل بشهادة الرجلين ، واستظهر ذلك كثير من العلماء :

قال ابن القيم : بعد أن أورد قول الله تعـــالى « واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان » (٢٤) — فان قيل : فظاهر القرآن يدل على أن الشاهد والمرأتين بـــدل عن الشاهدين ، وأنه لا يقضى بهما الا عند عدم الشاهدين •

قيل : القرآن لا يدل على ذلك ، فان هذا أمر لأصحاب الحقوق بما يحفظون به حقوقهم ، فهو سبحانه أرشدهم الى أقوى الطرق ، فان لم يقدروا على أقواها انتقلوا الى ما دونها ، فان شهادة الرجل الواحد أقوى من شهادة المرأتين ، لأن النساء يتعذر غالبا حضورهن مجالس الحكام ، وحفظهن وضبطهن دون حفظ الرجال وضبطهم ، ولم يقــل سبحانه : أحكموا بشهادة رجلين ، فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان — ثم أضاف — فالرجل والمرأتان أصل لا بدل •

وقال القرطبى : المعنى ان لم يأت الطالب برجلين ، فليأت برجل وامرأتين ، وهذا قول الجمهور ••••• وقال قوم : بل المعنى فان لم يكن رجلان ، أى لم يوجدا فلا يجوز استشهاد المرأتين الا مع عــدم الرجال ، قال ابن عطية : وهذا ضعيف ، فلفظ الآية لا يعطيــه ، بل الظاهر منه قول الجمهور ، أى أن لم يكن المستشهد رجلين ، أى ان

---

(٢٤) البقرة : ٢٨٢ •

أخذاً ذلك صاحب الحق ، أو قصده لعذر ما ، فليستشهد رجلا والمرأتين ، فجعل تعالى شهادة المرأتين مع الرجل جائزة مع وجود الرجلين •

لذا : فالأولى القول بأن شهادة النساء أصل — وليست بدلا — وتصح شهادة المرأتين مع الرجل ، مع توافر الرجال ، والله أعلم بالصواب •

ثالثا — مراتب شهادة النساء (٢٥) :

المرتبة : هى الدرجة أو المكان الذى يشغله الانسان ، أو العمل الذى يؤديه ، حسب كفاءته ، وقدرته على القيام به •

ومرتبة أى شىء لا تخرج عن كونها : عليا ، أو مرتبة دنيا ، ووسط بينهما •

وشهادة النساء على هذه المراتب الثلاث ، وبيانها كالآتى :

١ — الأولى : العليا :

وهى قبول شهادة النساء منفردات — دون جنس الرجال معهن — وذلك فى الأمور الخاصة بهن كالولادة والاستهلال

---

(٢٥) الهداية وشروحها ٣٦٩/٧ : ٣٧٤ : بداية المجتهد : لابن رشد الحفيد ٤٣٨/٢ توزيع دار الفكر — القاهرة ، مغنى المحتاج ٤٤٢/٤ المهذب للشيرازى ٣٣٣/٢ ط دار المعرفة — لبنان ١٩٥٩م ، كشاف القناع عن متن الاقناع للبهوتى ٤٣٦/٦ ط عالم الكتب — لبنان ، المغنى والشرح الكبير ١٦/١٢ ، المحلى لابن حزم ٣٩٦/٩ ط دار التراث القاهرة الطرق الحكمية ص١٦٣ ، الأزهار : المهدى المرتضى ص٤٣٧ ط دار الكتاب اللبنانى ، شرائع الاسلام للمحقق الحلى ٢٣٧/٢ منشورات دار مكتبة الحياة •

وعيوب النساء تحت الثياب ، وكل ما لا يطلع عليه الرجال ، وهذا قول جمهور الفقهاء (٢٦) ، قال ابن قدامة : لا نعلم بين أهل العلم خلافا فى قبول شهادة النساء المنفردات فى الجملة .

وقد ثبت عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قبل شهادة امرأة واحدة فى الرضاع ، اذ روى أحمد والبخارى عن عقبة بن الحارث أنه تزوج أم يحيى بنت أبى اهاب فجاءت أمة سوداء ، فقالت : قد أرضعتكما ، قال : فذكرت ذلك للنبى صلى الله عليه وسلم فأعرض عنى ، قال : فتنحيت فذكرت ذلك له ، فقال : وكيف وقد زعمت أنها قد أرضعتكما ، فنهاه عنها ، وفى رواية « دعها عنك » (٢٧) .

وقال صلى الله عليه وسلم « شهادة النساء جائزة فيما لايستطيع الرجال النظر اليه » (٢٨) .

وصح عن شريح : أنه أجاز شهادة أربع نسوة منفردات على رجل فى صداق امرأة .

وأجاز سيدنا عمر شهادة أربع نسوة فى الطلاق وقضى بها ، وصح عن اياس بن معاوية : قبول امرأتين فى الطلاق ، وفى رواية عن سيدنا على : أن امرأة وطئت صبيا ، فشهد عليها أربع نسوة ، فأجاز

---

(٢٦) وفى رواية عن سيدنا على بن أبى طالب قال : لاتجوز شهادة النساء بحتا حتى يكون معهن رجل ، وصح ذلك عن عطاء بن أبى رباح وعمر بن عبد العزيز ، ونسب ذلك ابن حزم الى زفر من الحنفية ، حيث جاء فى المحلى : فقال زفر صاحب أبى حنيفة : لايجوز قبول النساء المنفردات دون رجل فى شىء أصلا ، لا فى ولادة ولا فى رضاع ولا عيوب النساء ، ولا فى غير ذلك ، وأجازهن مع رجل فى الطلاق والنكاح والعتق (الطرق الحكمية ص١٦٣ ، المحلى لابن حزم ٣٩٦/٩) .

(٢٧) نيل الأوطار ٣١٩/٦ .

(٢٨) نصب الراية فى تخريج أحاديث الهداية للزيلعى ٨٠/٤ .

شهادتهن ، وفى رواية عن عطاء أنه قال : لو شهد عندى ثمان نسوة على امرأة بالزنى لرجمتها ، وصح ذلك عن ابن حزم (٢٩) .

٢ ــ الثانية ــ الوسطى :

وهى قبول شهادة النساء مع الرجال ، وذلك فى الحقوق المالية ، وكل ما يقصد به المال ، كالبيع والاجارة والهبة والوصية والرهن والضمان ، وكل ما شابه ذلك (٣٠) ؛ على أن تقوم شهادة كل امرأتين مقام شهادة رجل واحد ، لقوله تعالى : « واستشهدوا شهيدين من رجالكم ، فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء » (٣١) ، فنص على ذلك فى السلم وقسنا عليه المال ، وكل ما يقصد به المال ، حيث تجوز شهادة رجل وامرأتين معه (٣٢) ، باتفاق الفقهاء ، يقول ابن رشد : واتفقوا على أنه تثبت الأموال بشاهد عدل ذكر وامرأتين .

وبعد أن أورد ابن قدامة صحة شهادة رجل وامرأتين فى الأموال ، قال : وأجمع أهل العلم على القول به .

---

(٢٩) الطرق الحكمية ص١٦٢ ، ١٦٤ المحلى ٣٩٦/٩ : ٤٠٥ .

(٣٠) وأطلق ذلك طاوس فى كل شىء ، عدا الزنى ، حيث قال . تجوز شهادة النساء فى كل شىء مع الرجال الا الزنى ، من أجل أنه لاينبغى أن ينظرن الى ذلك (المرجعين السابقين ص١٦٣ ، ٣٩٧/٩) .

(٣١) البقرة : ٢٨٢ .

(٣٢) وأجاز الظاهرية صحة الاكتفاء بأربع نسوة منفردات دون رجل ، قال ابن حزم فى المحلى ٣٩٦/٩ : ولا يقبل فى سائر الحقوق كلها من الحدود والدماء ومافيه القصاص والنكاح والطلاق والرجعة والأموال الا رجلان مسلمان عدلان ، أو رجل وامرأتان كذلك ، أو أربع نسوة كذلك .

وقال ابن المنذر : وأجمعوا على أن شهادة النساء جائزة مع الرجال فى الدين والأموال(★) ٠

٣ ــ الثالثة ــ الدنيا :

وهى عدم قبول شهادتهن مطلقا ، لا منفردات ، ولا مع رجل ، وذلك فى الحدود والقصاص (٣٣) ، وهذا قول جمهور الفقهاء (٣٤) ،

(★) الاجماع : محمد بن ابراهيم بن المنذر ، تحقيق وتعليق : عبد الله عمر البارودى ص٦٦ ط دار الجنان للطباعة والنشر والتوزيع ــ لبنان ــ ط أولى ١٤٠٦هـ ــ ١٩٨٦م ٠

(٣٣) وأضاف بعض الفقهاء ــ منهم النخعى وربيعة والشافعى وابن حنبل وأهل المدينة والزهرى وسعيد بن المسيب وقتادة والليث ابن سعد والحسن البصرى ــ مع الحدود والقصاص : النكاح والطلاق كذلك ، مع اختلاف بينهم ، وأضاف الامام مالك وآخرون ، لكل ماسبق : الرجعة والعتق والنسب والولاء والاحصان ، حيث لا تقبل فى كل ذلك شهادة النساء منفردات ، ولا مع رجل (الطرق الحكمية ص١٦٢ : ١٦٥ المحلى ٣٩٥/٩ : ٤٠٥ ، المغنى والشرح الكبير ٨/١٢ ، بداية المجتهد ٣٤٨/٢ ، الكافى فى فقه أهل المدينة لابن عبد البر ص٤٦٩ ط دار الكتب العلمية ــ بيروت ــ ط أولى ١٩٨٧م) ٠

(٣٤) وحكى عن عطاء وحماد أنهما قالا : تجوز فى حد الزنى شهادة ثلاثة رجال وامرأتين ، وفى بقية الحدود والقصاص قالا : يقبل رجل وامرأتان فقط ، لأنه نقص واحد من عدد الرجال ، فقام مقامه امرأتان ، قياسا على الشهادة فى الأموال ٠

وأجاز الظاهرية : شهادة النساء منفردات فى كل شىء ــ على أن تقوم شهادة كل امرأتين مقام شهادة رجل واحد ــ حتى الزنى ، اجازوا فيه شهادة ثمان نسوة منفردات ، يقول ابن حزم : ولا يجوز أن يقبل فى الزنى أقل من أربعة رجال عدول مسلمين ، أو مكان كل رجل امرأتان مسلمتان عدلتان ، فيكون ذلك ثلاثة رجال وامرأتين ، أو رجلين وأربع نسوة ، أو رجلا واحدا وست نسوة ، أو ثمان نسوة فقط ٠ وهى رواية أخرى عن عطاء حيث قال : لو شهد عندى ثمان نسوة على امرأة بالزنى لرجمتها (المغنى والشرح الكبير ٦/١٢ ، ٧ ، المحلى ٣٦٥/٩ ، الطرق الحكمية ص١٦٤) ٠

بل حكى ابن المنذر الاجماع على ذلك فى الحدود ، فقال : وأجمعوا على أن شهادتهن لا تقبل فى الحدود(★) .

واستدل الجمهور : على عدم قبول شهادتهن هنا لا منفردات ولا مع رجل ، بأن هذا مما يحتاط لدرئه واسقاطه ، ولهذا يندرىء بالشبهات ولا تدعو الحاجة الى اثباته ، وفى شهادة النساء شبهة بدليل قوله تعالى « أن تضل احداهما فتذكر احداهما الأخرى »(٣٥) ، ولأن شهادة امرأتين مكان شهادة رجل واحد « فان لم يكونا رجلين ، فرجل وامرأتان » (٣٦) .

وكذلك لنقصان عقل المرأة ، واختلال ضبطها وقصور ولايتها ، لذا لا تصلح للامارة ، ولا تقبل شهادتهن وان كثرن — عند الجمهور — مالم يكن معهن رجل فى الأموال ، فوجب أن لا تقبل شهادتهن هنا .

ولا يصح قياس هذا على الأموال ، لأن شهادتهن قبلت فى الأموال ، ضرورة احياء حقوق العباد لكثرة وقوعها ودنو خطرها ، فلا يلحق بها ما هو أعظم خطرا وأقل وجودا كالحدود والقصاص .

(★) الاجماع لابن المنذر — المصدر السابق — ص٦٦ .

(٣٥) البقرة : ٢٨٢ .

(٣٦) البقرة : ٢٨٢ ، وهذه الآية تومىء الى الترتيب وليس مطلق التخيير ، وهى على سياق قوله تعالى « فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام » المائدة : ٨٩ ، قال الكمال بن الهمام : الآية ظاهرة فى أنه لاتقبل شهادتين الا عند عدم رجال يشهدون ، وقد روى عن بعض العلماء ذلك ، فاعتبر حقيقة البدلية ، لكن لما لم يكن ذلك معمولا به عند أهل الاجماع نزلت الى شبهة البدلية ، والشبهة كالحقيقة فيما يندرىء بالشبهات (فتح القدير ٧/٣٧٠) .

رابعا ـ نصاب (٣٧) شهادة النساء (٣٨)

ذكرنا مراتب شهادة المرأة الثلاث ، وحيث قبلت شهادة النساء منفردات ، فقد اختلف الفقهاء فى نصاب هذه البينة لأقوال أربعة :

القول الأول :

نصاب شهادة النساء منفردات أربع ، ولا يقبل أقل من أربع نسوة ، وهو قول الشافعية والظاهرية (٣٩) وأبى ثور وقتادة وعطاء ، ورواية عن الشعبى والنخعى وابن شبرمة .

ودليلهم :

أن أقل الشهادات رجلان ، وشهادة امرأتين بشهادة رجل واحد ، بدليل قوله تعالى « فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان » (٤٠) .

فأقام المرأتين مقام الرجل الواحد ، وقال صلى الله عليه وسلم

---

(٣٧) **النصاب** : فى اللغة : الأصل (القاموس المحيط ١٣٨/١) .
ويطلق ويراد به قدر ثابت محدد اذا وصله الشيء ترتب عليه حكمه .
والمراد فى ـ مطلق ـ الشهادة : عدد معين اذا وصل الشهود له صارت شهادتهم كاملة ، وهو يختلف باختلاف أنواع الشهادة .
والمراد به هنا : عدد النساء المطلوب لتكون شهادتهن كاملة .

(٣٨) الهداية وشروحها : ٣٧٢/٧ ، الكافى فى فقه أهل المدينة ص٤٦٩ ، بداية المجتهد ٣٤٨/٢ ، المهذب ٣٣٥/٢ ، المغنى والشرح الكبير ١٧/١٢ ، ١٨ ، الطرق الحكمية ص١٦٥ : ١٦٧ ، المحلى ٣٩٩/٩ : ٤٠٥ الأزهار ص٤٣٧ ، فتح البارى لابن حجر ٢٦٦/٥ ط دار الفكر ـ لبنان .

(٣٩) واستثنى من ذلك الظاهرية ـ وعلى رأسهم داود الظاهرى ـ الرضاع ، حيث أجازوا فيه شهادة امرأة واحدة (المحلى ٣٩٩/٩ ، الطرق الحكمية ص١٦٥) .

(٤٠) البقرة : ٢٨٢ .

« شهادة امرأتين منكن بشهادة رجل » (*) فكل امرأتين مقابل رجل واحد ، فتحتاج البينة الى أربع نسوة حتى تتكامل .

القول الثانى :

ذهب اليه عثمان البتى : لا يقبل فيما يقبل فيه النساء منفردات الا ثلاث نسوة ، لا أقل من ذلك .

ودليله :

أن كل موضع قبل فيه النساء كان العدد ثلاثة — رجل وامرأتان — فيشترط أن يكون عددهن ثلاثة كذلك ، كما لو كان معهن رجل .

القول الثالث :

تقبل امرأتان فى كل ما يقبل فيه النساء منفردات ، وهو قول المالكية والحكم وابن أبى ليلى وأبى عبيد ، ورواية عن الحنابلة وابن شبرمة والثورى .

ودليلهم :

أن كل جنس يثبت به الحق ، كفى فيه اثنان كالرجال ، لا أقل من ذلك ، لأن الرجال أكمل منهن عقلا ولا يقبل منهم الا اثنان ، فالنساء أولى بذلك ، فلا يقل عددهن عن اثنتين .

ولأن المعتبر فى الشهادة أمران : العدد ، والذكورة ، وقد سقط اعتبار الذكورة ، فبقى العدد .

(*) سنن الترمذى ٥/١٠ ط الحلبى ، وبلفظ قريب ، بنفس المعنى : صحيح مسلم بشرح النووى ١/١١٩ ، ابن ماجة : فى كتاب الفتن ، باب فتنة النساء .

القول الرابع :

ذهب اليه الحنفية ــ والراجح عند الحنابلة ــ وطاوس وحماد والليث بن سعد ، ورواية عن سفيان الثورى والشعبى وعطاء ، وكثير من الفقهاء :

وهو أنه تقبل فى شهادة النساء منفردات ، شهادة امرأة واحدة فقط (٤١) •

ودليلهم : من السنة والمعقول :

فمن السنة :

(أ) أن النبى صلى الله عليه وسلم قبل شهادة امرأة واحدة فى الرضاع وقضى بها ، وذلك فيما رواه أحمد والبخارى عن عقبة بن الحارث أنه تزوج أم يحيى بنت أبى اهاب ، فجاءت أمة سوداء فقالت : قد أرضعتكما ، قال : فذكرت ذلك للنبى صلى الله عليه وسلم فأعرض عنى ، قال : فتنحيت فذكرت ذلك له ، فقال : وكيف وقد زعمت أنها قد أرضعتكما ، فنهاه عنها » وفى رواية « دعها عنك »(٤٢)

---

(٤١) قال طاوس : تجوز شهادة المرأة الواحدة فى الرضاع ، وان كانت سوداء •

وقال حماد بن أبى سليمان : تقبل فى الاستهلال المرأة الواحدة ، وان كانت يهودية •

وروى أن سيدنا على : أجاز شهادة القابلة وحدها ، وروى ذلك عن أبى بكر وعمر رضى الله عنهما فى الاستهلال ، وأن عمر ورث بذلك ، وهو قول الزهرى والنخعى ــ فى أحد قوليه ــ وهو قول الحسن البصرى وشريح وأبى الزناد ويحيى بن سعيد الأنصارى وربيعة •

وصح عن معاوية : أنه قضى فى دار بشهادة أم سلمة أم المؤمنين رضى الله عنها ، ولم يشهد بذلك غيرها .(المغنى والشرح الكبير ١٢/١٧ ، المحلى ٣٩٩/٩ ، ٤٠٠ ، الطرق الحكمية ص١٦٦) •

(ب) وقال صلى الله عليه وسلم « شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه » (٤٣) .

وجه الدلالة : أن الجمع المحلى بالألف واللام — اذا لم يكن ثمة معهود — يراد به الجنس ، فيتناول الأقل ، فيصدق على المرأة الواحدة ، فتكفى شهادتها هنا .

ومن المعقول :

فقد سقطت هنا الذكورة بالاتفاق ليخف النظر ، لأن نظر الجنس الى جنسه أخف ، فكذا يسقط اعتبار العدد لعلة التخفيف .

الراجح :

ونميل لقول الجمهور الأخير ، وهو قبول شهادة المرأة الواحدة ، فى الأمور التى تقبل فيها شهادة النساء منفردات ، لثبوت ذلك عن النبى صلى الله عليه وسلم وحكمه بها ، وثبت ذلك عن الخلفاء الراشدين والصحابة الأجلاء ، وكثير من فقهاء الأمصار (٤٤) ، مما يجعل لهذا القول وزنا ، يضاف لذلك ، قوة ما استدلوا به .

واذا كانت شهادة النساء منفردات أجيزت للضرورة ، فمن الضرورة كذلك أن تصح بواحدة فقط ، ربما لا يتوافر غيرها .

ولأن ما قبل فيه قول النساء على انفراد ، لم يشترط فيه العدد كالرواية (٤٥) ، والله تعالى أعلم بالصواب .

---

(٤٢) نيل الأوطار ٦/٣١٩ .
(٤٣) نصب الراية ٤/٨٠ .
(٤٤) راجع هامش ٤١ .
(٤٥) الطرق الحكمية ص٩٢ .

خامسا ــ شهادة النساء ويمين المدعى :

ذكرنا فى المرتبة الثانية لشهادة النساء أنها فى الأموال تصح مع الرجال ــ رجل وامرأتان ــ واذا عدم الرجل ، فهل تصح شهادة المرأتين ويمين المدعى ؟ •

نبين ذلك فيما يلى (٤٦) :

أولا :

الحنفية وآخرون : لا يجيزون الشاهد واليمين مطلقا ، فيشترط عندهم اكتمال نصاب الشهادة كاملا ، أو يمين المدعى عليه لا غير ، لقوله تعالى « واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان »(٤٧) فمن قال بشهادة رجل ويمين المدعى ، أو امرأتين ويمين المدعى فقد زاد فى النص ، والزيادة نسخ ، فلا تصح •

ولقوله صلى الله عليه وسلم « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » (٤٨) فحصر اليمين فى جانب المدعى عليه ، كما حصر البينة فى جانب المدعى لا غير •

لذا : فالأمر عندهم فى الأموال رجل وامرأتان ، وفى شهادة النساء منفردات تكفى واحدة دون يمين •

ثانيا :

ذهب جمهور الفقهاء وأكثر أهل العلم : الى صحة الحكم بشاهد

---

(٤٦) اللبـاب فى شرح الكتـاب ٣/٨٣ ، المغنى والشرح الكبير ١٢/١٠ : ١٢ ، الطرق الحكمية ص١٧٠ : ١٧٢ •

(٤٧) البقرة : ٢٨٢ •

(٤٨) نيل الأوطار ٨/٣٠٥

واحد ويمين المدعى ويثبت المال بذلك ، اذ روى أن النبى صلى الله عليه وسلم « قضى بشهادة شاهد واحد ويمين صاحب الحق » (٤٩) وتواتر ذلك بين الفقهاء ، لا ينكره أحد ، ولأن اليمين تشرع فى حق من ظهر صدقه وقوى جانبه ، ولذلك شرعت فى حق صاحب اليد لقـوة جنبته بها ، وفى حق المنكر لقوة جنبته — اذ الأصل براءة ذمته — والمدعى هنا قد ظهر صدقه — بالشاهد — فوجب أن تشرع اليمين فى حقه خوف قوته .

والله تعالى جعل شهادة امرأتين مكان رجل ، فكذلك اليمين .

وبناء على قول الجمهور بصحة الشاهد واليمين ، هل تصح شهادة امرأتين ويمين المدعى ؟ قولان للفقهاء :

أحدهما :

يصح قبول شهادة امرأتين ويمين المدعى ، يقـول ابن القيم : وظاهر القرآن والسنة يدل على صحة هذا القول ، فان الله سبحانـه أقام المرأتين مقام الرجل ، والنبى صلى الله عليه وسلم قال فى الحديث الصحيح « أليست شهادة المرأة نصف شهادة الرجل ؟ قلن بلى » (٥٠) فهذا يدل بمنطوقه على أن شهادتها وحدها على النصف ، وبمفهومـه على أن شهادتها مع مثلها كشـهادة الرجل ، وليس فى القرآن ولا فى السنة ولا فى الاجماع ما يمنع من ذلك ، بل القياس الصحيح يقتضيه ، فان المرأتين اذا قامتا مقام الرجل — اذا كانتا معه — قامتا مقامه وان لم تكونا معه ، فان قبول شهادتهما لم يكن لمعنى للرجـل ، بل لمعنى فيهما ، وهو العدالة ، وهذا موجود فيما اذا انفردتا ، وانما يخشى من سوء ضبط المرأة وحدها وحفظها ، فقويت بامرأة أخرى .

لذا : تجوز شهادة امرأتين ويمين المدعى .

---

(٤٩) المصدر السابق ٨/٢٨٢ .

(٥٠) صحيح البخارى بفتح البارى ٥/٢٦٦ .

ثانيهما :

لا تجوز شهادة المرأتين واليمين ، لقوله تعالى « واستشهدوا شهيدين من رجالكم ، فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان » (٥١) ، فلو حكم بامرأتين ويمين ، لكان هذا قسما ثالثا ؟

وأيضا : لأن شهادة المرأتين ضعيفة ، فقويت بالرجل ، واليمين ضعيفة ، فينضم ضعيف الى ضعيف فلا يقبل .

والراجح :

هو القول الأول — اذا ثبت القول بالشاهد واليمين — لأن شهادة اثنتين شهادة معتبرة ، فاذا انضم لذلك اليمين حكم بها كالرجل ، اذ المرأة العدل كالرجل فى الصدق والأمانة والديانة ، لكن لخوف السهو والنسيان قويت بمثلها ، وهذا يجعلها مثل الرجل الواحد ، ان لم تكن أقوى منه ، والله أعلم .

ثالثا :

فى شهادة النساء منفردات ، تصح ويثبت بها الحق دون شرط يمين ، ولو كانت امرأة واحدة — كما رجحنا — ولم يثبت عن أحد من الفقهاء القول باليمين فى شهادة النساء منفردات فى أمورهن .

والفرق بين هذا ، وبين ما سبق حيث اعتبرت اليمين هناك :

أن المغلب هنا : هو الاخبار عن الأمور الغائبة التى لا يطلع عليها الرجال ، فاكتفى بشهادة النساء فقط .

وهناك : الشهادة على أمور ظاهرة يطلع عليها الرجال فى الغالب، فاذا انفرد بها الشاهد الواحد احتيج الى تقويته باليمين ، والله تعالى أعلم بالصواب ، وهو حسبنا ونعم الوكيل .

دكتور : الليثى حمدى خليل الليثى

---

(٥١) البقرة : ٢٨٢ .

أهم مراجع البحث

أولا : القرآن الكريم وعلومه :

١ ــ القرآن الكريم .

٢ ــ تفسير الفخر الرازى : المشتهر بالتفسير الكبير ومفاتيح الغيب . للامام محمد الرازى ، ط دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ــ لبنان ــ ط ثالثة ١٤٠٥هـ ــ ١٩٨٥م .

٣ ــ الجامع لأحكام القرآن الكريم : للقرطبى ، ط دار الفكر ــ بيروت ــ لبنان .

ثانيا : الحديث :

٤ ــ سبل السلام : للصنعانى ، شرح بلوغ المرام : لابن حجر « الكتابين معا » ط الحلبى ط رابعة ١٩٦٠م .

٥ ــ سنن ابن ماجة : ط دار احياء التراث العربى ١٣٩٥هـ .

٦ ــ سنن الترمذى : ط الحلبى .

٧ ــ صحيح مسلم بشرح النووى « الكتابين معا » ط الريان .

٨ ــ فتح البارى « لابن حجر » شرح صحيح البخارى « الكتابين معا » ط دار الفكر ــ لبنان .

٩ ــ المقاصد الحسنة فى بيان كثير من الأحاديث المشتهرة على الألسنة : للسخاوى ، ط الخانجى بمصر .

١٠ ــ نصب الراية فى تخريج أحاديث الهداية : للزيلعى ، ط المأمون بشبرا .

١١ ــ نيل الأوطار : للشوكانى ، شرح منتقى الأخبار لمجد الدين بن تيمية « الكتابين معا » ط مكتبة الدعوة الاسلامية شباب الأزهر .

ثالثـا : كتب اللغة :

١٢ ـ القاموس المحيط : للفيروز آبادى ، ط الحلبى ،ط ثانية ١٩٥٢م

١٣ ـ لسان العرب : لابن منظور ، ط دار المعارف ٠

١٤ ـ النظم المستعذب فى شرح غريب المهذب : لابن بطـــال الركبى ، ط دار المعرفة ، لبنان ط ثانية ١٩٥٩م ٠

رابعـا : كتب الفقه :

(أ) الفقه الحنفى :

١٥ ـ بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع : للكاسانى ، ط دار الكتـاب العربى بيروت ط ثانية ١٤٠٢هـ ـ ١٩٧٢م ٠

١٦ ـ حاشية سعد جلبى ـ مطبوعة مع فتح القدير والعناية والهداية ٠

١٧ ـ العناية على الهداية : للبابرتى ـ ط دار الفكر ـ بيروت ـ لبنان٠

١٨ ـ فتح القدير : للكمال بن الهمام ـ ط دار الفكر ـ بيروت ـ لبنان٠

١٩ ـ اللباب فى شرح الكتاب : عبد الغنى الغنيمى ـ الكتاب للقدورى ـ والكتابين معا ـ ط المعاهد الأزهرية ٠

٢٠ ـ الهداية شرح بداية المبتدى : ط مع فتح القدير والعنـاية ـ ط دار الفكر ـ لبنان ٠

(ب) الفقه المـالكى :

٢١ ـ بداية المجتهد ونهاية المقتصد : لابن رشد ـ توزيع دار الفـكر القاهرة ٠

٢٢ ـ قوانين الأحكام الشرعية ومسـائل الفروع الفقهية : لابن جـزى الفرناطى ط عالم الفكر ١٤٠٥هـ ـ ١٩٨٥م ٠

٢٣ ـ الكـــافى فى فقه أهل المدينة : لابن عبـــد البر ـ ط دار الكتب العلمية ـ بيروت ـ ط أولى ١٩٨٧م ٠

(ج) الفقه الشافعى :

٢٤ ـ الاجماع : محمد بن ابراهيم بن المنذر ـ تحقيق وتعليق : عبد الله عمر البارودى ، ط دار الجنان للطباعة والنشر والتوزيع ـ لبنان ـ ط أولى ١٤٠٦هـ ـ ١٩٨٦م .

٢٥ ـ متن المنهاج : للنووى ـ مطبوع مع مغنى المحتاج .

٢٦ ـ مغنى المحتاج : الشربينى الخطيب ـ ط الحلبى ١٩٥٨م .

٢٧ ـ المهذب : للشيرازى ـ ط دار المعرفة ـ لبنان .

(د) الفقه الحنبلى :

٢٨ ـ الشرح الكبير : شمس الدين بن قدامة ـ مطبوع أسفل المغنى .

٢٩ ـ الطرق الحكمية فى السياسة الشرعية : لابن قيم الجوزية ـ ط المدنى للطباعة والنشر .

٣٠ ـ كشاف القناع : للبهوتى ـ عن متن الاقناع : للحجاوى ـ « الكتابين معا » ط عالم الكتب ـ بيروت ـ لبنان .

٣١ ـ مختصر الخرقى : مطبوع مع المغنى .

٣٢ ـ المغنى : موفق الدين بن قدامة ، ط دار الفكر ـ لبنان ـ ط أولى عن وزارة الأوقاف والشئون الاسلامية بالكويت ١٩٨٤م .

٣٣ ـ المقنع : لابن قدامة ـ مطبوع مع الشرح الكبير والمغنى .

(هـ) كتب الظاهرية :

٣٤ ـ المحلى : لابن حزم الظاهرى ـ ط دار التراث ـ القاهرة .

(و) كتب الشيعة :

٣٥ ـ الأزهار : المهدى المرتضى ـ ط دار الكتاب اللبنانى .

٣٦ ـ شرائع الاسلام : للمحقق الحلى ـ منشورات دار مكتبة الحياة .

والله تعالى ولى التوفيق

دكتور/ الليثى حمدى خليل الليثى .

مسئولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة

دراسة مقارنة فى الفقه الاسلامى والقانون المدنى

دكتور/أبو الحسن ابراهيم على
مدرس القانون المدنى بالكلية

تمهيد وتقسيم :

مما لاشك فيه أن الشريعة الاسلامية جاءت لصلاح الناس والأخذ بيدهم فى هذه الحياة ، ليسعدوا فى دنياهم وأخراهم وشرعت ما من شأنه تحقيق مصالحهم والحفاظ عليها .

فالشريعة الاسلامية نظام كامل ، جاءت لتنظيم كافة أنواع السلوك الانسانى ، فنظمت علاقة الفرد بالفرد وعلاقة الفرد بالمجتمع وعلاقة الحاكم بأفراد الشعب وعلاقة الدولة الاسلامية بالدول الأخرى وعلاقة الكل بالخالق سبحانه وتعالى.نظمت الشريعة الاسلامية كل هذه العلاقات تنظيما دقيقا مثاليا لم ترق اليه النظم والمبادىء التى وضعها الانسان الى الآن . فبينت كل أنواع الحقوق والواجبات سواء ما كان منها متصلا بمجال علاقة الأفراد بعضهم ببعض أو كان متصلا بغير ذلك من العلاقات الأخرى .

والحقوق فى الاسلام لا تعتبر الا باعتبار الشارع لها ، فالشريعة أساس الحق وليس الحق هو أساس الشريعة فالحق فى الفقه الإسلامى

وليد الشرائع ولم يكن حقا طبيعيا وانما هو منحة الهية يعطيها للافراد وفق ما يقضى به الصالح العام (١) .

ومن هنا فان الشريعة الإسلامية لا يتصور فيها الحقوق المطلقة بدون قيد حيث أن الأساس فيها التوفيق بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة ومنع أى ضرر يصيب الفرد أو المجتمع وذلك بفرض القيود الكثيرة المتنوعة التى تجعل المالك ينتفع بملكه فى دائرة معينة لا يجوز له أن يتعداها . فالحقوق المطلقة لا يمكن أن تثبت فى شريعة تتبع أحكامها من الشارع الرحيم بالناس عامة . فلقد أرست الشريعة الاسلامية الغراء الأسس والقواعد التى تحقق مصالح الفرد مراعية أن هذا الفرد يعيش فى جماعة لها عليه حقوق كما أن له عليها واجبات فهى توازن بين المصلحة الفردية والمصلحة الجماعية فلا تغلو فى نظرتها الى الحقوق كما أنها فى نفس الوقت لا تلغيها ولا تمس جوهرها .

ولهذا نجد الشريعة الاسلامية قد اشترطت فى استعمال الانسان لحقوقه ألا يضر بمصالح الغير وأن يكون ذلك متفقا مع مصلحة الجماعة . وبناء على ذلك نستطيع القول بأن الأصل فى الحقوق فى الفقه الاسلامى أنها مقيدة وليست مطلقة ، وأن أساس هذا التقييد للحق يرجع الى النصوص الخاصة بذلك أو القواعد العامة أو مقاصد الشريعة وذلك بعكس القانون الوضعى الذى كان الأصل فيه هو الاطلاق والتقييد هو الاستثناء . فقد كان حق الفرد هو محور

---

(١) انظر : الموافقات فى أصول الشريعة لأبى إسحق ابراهيم ابن موسى اللخمى الشاطبى جـ ٢ ص٣٧٧ مطبعة الشرق الأدنى ، المدخل للفقه الاسلامى أ . د/ محمد سلام مدكور ص ٤٢١ ط رابعة ٩٦٩م ، أستاذنا الدكتور محمد رأفت عثمان فى الحقوق والواجبات والعلاقات الدولية فى الاسلام ص١٥ ط ثانية ١٩٧٥م .

التشريعات الوضعية فى بدايتها ، وكان لصاحب الحق أن يستعمله الى أى مدى يراه دون أن يفترض هذا أية مسئولية وكان هذا يعرف بالمذهب الفردى ، ثم ظهر حديثا المذهب الاجتماعى الذى يرى أن القانون هو الذى ينشىء الحقوق ويمنحها للافراد فى حدود الصالح العام (٢) •

وبهذا يكون فقهاء القانون قد وصلوا حديثا الى ما أرساه الفقه الاسلامى منذ قرون عديدة •

حق المالك فى استعماله لملكه مقيد بعدم الاضرار بالغير :

لم يترك صاحب الحق فى الاسلام يتصرف فى حقه تصرفا مطلقا من غير ضوابط أو حدود تحد من هذا التصرف ، بل هناك قيود وضوابط تجعل من تصرف صاحب الحق فى النهاية غير مؤد الى الاضرار بغيره ، فاذا تعدى صاحب الحق هذه القيود كان مسئولا عن هذا التعدى الذى أدى الى حدوث الاضرار بالغير •

واذا كان الأصل أن لصاحب الملك أن يتصرف فى ملكه كيف شاء ، وأن يستعمله بما يحقق له كل المنافع التى يمكن أن تعود عليه فان هذا

---

(٢) انظر فى التعريف بهذين المذهبين :
ا د/ حسن كيره فى المدخل الى القانون ص١٧١ ط ١٩٧١م ، ا • د/توفيق حسن فرج الأصول العامة للقانون ص٤٢ ط ١٩٧٥م ا • د/ عبد المنعم البدراوى المدخل للعلوم القانونية ص٣٢ ، ٣٣ ط ١٩٦٦م م ا • د/ عبد الودود يحيى المدخل لدراسة القانون ص٢٧ ط ١٩٨١م ، ا • د/احمد سلامة المدخل لدراسة القانون الكتاب الأول نظرية القاعدة القانونية ص٣٣ ط ١٩٧٥م ، ا • د/محمود جمال الدين زكى فى دروس فى مقدمة الدراسات القانونية ص٢٥ ، استاذنا الدكتور عبد الخالق حسن فى المدخل لدراسة القانون ص ٢٦ وما بعدها ط ثالثة ٨٧ ــ ١٩٨٨م •

الأصل ترد عليه قيود كثيرة من أهمها عدم الاضرار بالغير ضررا فاحشا أو بينا •

هذا وقد تكلم فقهاء القانون الوضعى عن مسئولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة ، أو ما يسمى بالغلو فى استعمال حق الملكية حسب تعبير البعض منهم •

وسنحاول هنا أن نبين أن هذا القيد وجد فى الشريعة الاسلامية قبل ظهوره فى القانون الوضعى ، وأن قدامى فقهاء المسلمين قد لاحظوه فى كتاباتهم وفتاواهم ولكنه لم يكن معنونا بهذه العناوين التى ظهر بها فى الكتابات الحديثة لفقهاء القانون الوضعى ، بل كان هذا القيد يلاحظ فى كتبهم وفتاواهم عند بيانهم لأحكام الكثير من الصور والجزئيات التى تعرضوا لها • بل اننا نستطيع أن نذهب الى أبعد من هذا ، ولا نكون مغالين ، عندما نقرر عن يقين واطمئنان ، أن الشرع الوضعى فى القانون المدنى المصرى الحالى عندما قرر التزامات الجوار وجعلها التزامات قانونية ، اهتدى فى تقريرها بأحكام الشريعة الإسلامية ، فقننها كما هى مقررة فى الشريعة الاسلامية ، كما سارت على نفس المنهاج أحكام القضاء فى ظل التقنين المدنى السابق •

وعلى نهج هذا الشرع القويم سنتناول موضوعنا : « مسئولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة » فى المباحث الآتية :

المبحث الأول : ماهية الغلو الذى يرتب مسئولية المالك •

المبحث الثانى : أساس مسئولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة •

المبحث الثالث : الجزاء المترتب على وقوع الغلو •

المبحث الأول

ماهية الغلو الذى يرتب مسئولية المالك

المطلب الأول :

ماهية الغلو الذى يرتب مسئولية المالك فى الفقه الاسلامى :

ـ أمر الإسلام بمراعاة حقوق الجار واكرامه :

للجار على جاره حقوق كثيرة نص عليهـــا فى كثير من الأحاديث النبوية الشريفة ، ومن أهمها عدم الاضرار به فى نفسه أو مالـــه أو عرضه • فوجب مراعاة هذه الحقوق وعدم الاخلال بها وذلك بالعمـــل على منع ما يضر بالجار قبل حدوثه وازالته بعد حدوثه •

هذه الحقوق ربما لا يرضى من هى عليـــه بالتسليم بها ، فيضطر صاحبها لاقتضائها للجوء للمحاكم • ومن ثم يجد كثير من المشـــاكل والحوادث والقضايا التى يفصل فيها القضاء ويكون تنفيذها بعد ذلك بقوة القانون ، على أن هذا لا يمنع من بقاء الخصومة والعداء بـــين المتقاضيين •

لكن الله العليم الحكيم والمشرع الوحيد بحق ، الذى يعلم ماطبعت عليه النفس الانســـانية من أنانية وآثرة يؤكد حق الجار على جاره الى درجة أنه قرنه بعبادة الله وعدم الشرك به فقال تعالى : « واعبـــدوا الله ولا تشركو به شيئا وبالوالدين احسانا وبذي القربى واليتـــامى والمساكين والجار ذى القربى والجار الجنب » (٣) •

---

(٣) سورة النساء من الآية ٣٦ •

ولذلك نجد الرسول صلى الله عليه وسلم يتناول هـــذا المعنى فيؤكده فى أحاديث كثيرة نذكر منها أمره عليه السلام باكرام الجـــار فى قوله : « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليكرم جـــاره » (٤) كما نهى عليه السلام عن ايذائه بقوله : « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يؤذ جاره »(٥) •

وقال عليه السلام فى حقه : « لا يؤمن أحدكم حتى يحب لأخيه أو قال لجاره ما يحب لنفسه » (٦) •

فمتى جاء الفقهاء بعد هذا وبينوا هذه الحقوق التى للجار لايسع من يؤمن حقا بالله ورسوله الا المسارعة بأداء هذه الحقوق مادام الدين يبلغ من ذلك الى حد اكرام الجار لا باعطائه حقوقه فحسب وحينئـــذ ما الحاجة للقضاء والقانون الا لمعالجة من لم يخالط الايمـــان قلوبهم وفطرت نفوسهم على الشح ومنع الناس حقوقهم (٧) • ثم أنظر معى رعاك الله الى هذا التأكيد العظيم لحق الجار فى قوله عليه الصــــلاة والسلام : « مازال جبريل يوصينى بالجار حتى ظننت أنه سيورثه»(٨)

---

(٤) رواه البخارى ومسلم : زاد المســلم فيما اتفق عليه البخـارى ومسلم ج ٣ ص٣٦٥ ط ثانية ١٩٥٤م •

(٥) انظر المرجع السابق ج ٣ ص٢٥٩ ، ٢٦٢ •

(٦) رواه مسلم : صحيح مسلم بشرح النووى ج ٢ ص١٦ ، قال النووى : « هكذا هو فى مسلم لأخيه أو لجاره على الشك ، وكذا هو فى مسند عبد بن حميد على الشك وهو فى البخـــارى وغيره لأخيه من غير شك » النــووى على مســـلم ج ٢ ص١٦ ط أولى ١٣٤٩هـ ـ ١٩٢٩م المطبعة المصرية •

(٧) انظر : د/ محمد يوسف موسى فى الأموال ونظـــرية العقـد ص١٣٩ ط أولى ١٩٥٢م •

(٨) فتح البارى بشرح صحيح البخـــارى ج ١٠ ص٤٤١ ط دار المعـــرفة •

مع ملاحظة أن هذه الرعاية لحقوق الجار لا تقتصر على الجار المسلم أو القريب بل انها تمتد لتشمل كل جار قريبا كان أم بعيدا مسلما أو غير مسلم فان الجيران أنواع ثلاثة كما أخرج الطبرى من حديث جابر: جار له حق واحد وهو المشرك له حق الجوار ، وجار له حقان : وهو الجار المسلم ، له حق الجوار وحق الاسلام ، وجار له ثلاثة حقوق : وهو الجار المسلم الذى بينه وبين جاره رحم ، له حق الاسلام ، والرحم والجوار (٩) •

فانظر مدى ما جعل الاسلام لعلاقة الجوار من واجبات وحقوق، تر أنه لا يمكن لأى نظام آخر غير الشريعة الاسلامية أن يسمو الى هذا المستوى الجليل •

— وجوب التسامح بين الجيران فى الأضرار المألوفة (النادرة أو اليسيرة) :

الأصل أن الانسان له حق استعمال ملكه بما يحقق له كل المنافع التى يمكن أن تعود عليه منه (١٠) ، ومن الطبيعى أن ينجم فى بعض

---

(٩) سبل السلام الصنعانى للعلامة محمد بن اسماعيل الصنعانى. ج ٤ ص٦٥ مطبعة مصطفى محمد •

(١٠) انظر : بدائع الصنائع للكاسانى ج ٦ ص٢٦٣ ، ٢٦٤ ط أولى ١٣٢٨هـ ، المبسوط للسرخسى ج ١٥ ص٢١ ط ١٣٣١هـ مطبعة السعادة ، فتح القدير للكمال ابن الهمام ج ٥ ص٥٠٦ ط المكتبة التجارية ، المدونه الكبرى للامام مالك بن أنس ج ١٥ ص١٩٧ ط أولى ١٣٢٣هـ ، المنتقى للباجى ج ٦ ص ٤١ ط أولى ١٣٣١هـ ، تبصرة الحكام لابن فرحون ج ٢ ص٢٥٧ ، ٢٦٠ ط ١٣٠٢هـ المطبعة البهية ، قوانين الأحكام الشرعية لابن جزى ص٣٧٠ ط دار العالم بيروت ، الأم للامام الشافعى ج ٣ ص٢٢٢ ط أولى ١٣٢١هـ بولاق ، المحلى لابن حزم ج ٨ ص٢٤١ ، ٢٤٢ ط المكتب التجارى بيروت •

الأحوال بل وفى كثير من الأحوال عند استعمال الانسان لملكه استعمالا عاديا بعض المضايقات أو الأضرار المألوفة التى يكون من العسير على المالك أن يتحرز عنها • وهذا أمر يجب أن يتحمله الجيران فيما بينهم والا أضحى استعمال المالك لملكه موقوفا على ضوابط تؤدى فى النهاية الى تعطيل هذا الاستعمال العادى أو الى ابطال حقــــه فى التصرف فيما يملك (١١) •

فالجيران اذن عليهم أن يتحملوا المضايقات أو الأضرار اليسيرة النادرة ، وهى الأضرار المألوفة التى جرت العادة على التسامح فيها والتى لا يمكن أو يعسر أن يخلو عنها الاستعمال العــادى المألوف ، كصوت المذياع العادى ، ودخان الفرن الذى يخبز عليه أهل الدار فى القرى فى فترات غير متوالية ، وعجين الطين بجوار ملك المالك اذا بقى فى الشارع مقدار المرور للناس ، ووضع آلات البناء من حجر وغيره فى الشارع زمن العمارة اذا تركت بقدر مدة نقلها ، ونفض أوعيــــة التراب عند الأبواب ، وربط الدواب فى الشارع بقدر حاجة النــزول والركوب ، ورش الشارع رشا خفيفا لا يؤدى الى الاضرار بمن يمر فى الطريق وهكذا • فقد اتفق الفقهاء (١٢) على جواز مثل هذه الصورة

---

(١١) انظر : ا • د/ محمد رأفت عثمان فى الحقــوق والواجبــات والعلاقات الدولية فى الاسلام ص١٠٧ مطبعة السعادة •

(١٢) انظــر : حاشــية ابن عابدين جـ ٤ ص٣٧٦ ط ١٣٢٣هـ ، فتــح القدير جـ ٥ ص٥٠٦ ، تبين الحقــائق للزيلعى جـ ٤ ص١٩٦ ط ١٣١٥هـ ، حلى المعاصم للتاودى جـ ٢ ص٣٤٣ ط ثانية ١٣٧٠هـ ، المنتقى للباجى جـ ٦ ص ٤٠ ، ٤١ ، تبصرة الحكام جـ ٢ ص٢٥٤ ، البهجة شرح التحفة جـ ٢ ص ٣٣٥ ط ثانية ١٣٧١هـ حاشية ابن قاسم العبــادى على تحفة المحتاج لابن حجر الهيثمى جـ ٢ ص٢٤١ ط مصطفى محمد ، فتح المبين بشرح الأربعين لابن حجــر الهيثمى ، جـ ٢ ص ٢٤١ ط مصطفى

=

من الضرر لأنها من الأضرار المألوفة التى جرت العـادة على التسامح فيها وبالتالى فلا مسئولية عنها ولأن التوسع الى منع كل ضرر يؤدى الى سد باب انتفاع الانسان بملكه (١٣) • كما أنه لا يمكن منع كل ضرر اذ ما من مصلحة لأحد والا بجوارها ضرر لغيره غالبا وكما يقول الامام الشاطبى : « ليس فى الدنيا مصلحة محضة ولا مفسدة محضة والمقصود للشارع ما غلب منها ، واذا تعارضتا نظر فى التســاوى والترجيح » (١٤) •

واذا كان الأمر على نحو ما سبق ، فانه من الناحية المقابلة يجب على المالك أن يتخذ من الاحتياطات ما يكون كفيلا بألا يجعل تصرفه فى ملكه سببا لاحداث مضايقات أو تنغيص مجاوز للحدود التى يمكن أن تحتمل فى ظل جوار كريم (١٥) •

هذا هو الأصل الذى يجب مراعاته ، الا أنه قـد يحـدث أن يستعمل الانسان حقه فى ملكه استعمالا غير متعـارف بين النـاس فيؤدى الى الاضرار بالغير ضررا ظاهرا فيكون محل مساءلة • وفى ذلك يقول بعض الفقهاء : « ولا يمنع الشخص من تصرفه فى ملكه الا اذا

=

محمد ، قواعد الاحكام لابن عبد الســلام ج ٢ ص١٢٢ ط ١٣٨٨هـ دار الشروق للطبــاعة ، المغنى بالشرح الكبير لابن قدامة ج ٥ ص٥٢ ط ١٣٩٢هـ ، كشاف القناع للبهوتى ج ٢ ص٢٠٠ ط أولى ١٣١٩هـ ، ومن مراجع الأصول انظر : الموافقات للامام الشاطبى ج ٢ ص٣٥٩ دار المعرفة للطباعة بيروت •

(١٣) انظـــر : حاشية ابن عابدين ج ٤ ص٥٠١ ، فتـح القـدير ج ٥ ص٥٠٦ •

(١٤) الموافقات للامام الشاطبى ج ٢ ص٢٥ ــ ٣٢ •

(١٥) انظر : حسين عامر فى المسئولية المدنية ص ٢٧٠ ط ثانية ١٩٧٩ م •

كان الضرر بجاره ضررا بينا — أى ظاهرا — فيمنع من ذلك » (١٦) .

— منع الضرر غير المألوف (الضرر الفاحش) :

بينا فيما سبق أن الأصل أو الأساس هو أن للمالك أن يتصرف فى ملكه كيف شاء ، ولا يمنع الشخص من تصرفه فى ملكه ماشاء مالم يضر بغيره ضررا بينا ، أى ضررا غير مألوف لم تجر العادة على التسامح فيه . وقد بين فقهاء الحنفية أن القياس فى هذا المجال يقتضى أن المالك حر فى ملكه يتصرف فيه كما يريد مهما أضر بجاره وأن كان ليس له فعل ما يضر به ديانة لا قضاء (١٧) . وبهذا قال أيضا بعض المالكية والشافعى وداود الظاهرى (١٨) — ولكن القياس يترك فى المسائل التى يؤدى استعمال الحق فيها الى الحاق ضرر فاحش أى ظاهر بالغير .

— المعيار الذى يحدد على أساسه الضرر الفاحش :

يحدد فقهاء الشريعة الاسلامية الضرر الفاحش بأنه ما يكون سببا للوهن البناء أو هدمه أو يمنع الحوائج الأصلية أى المنافع المقصودة من البناء ، وأما ما يمنع المنافع التى ليست من الحوائج الأصلية فليس بضرر فاحش (١٩) .

---

(١٦) الدر المختار ج ٤ ص٣٧٥ مطبوع بهامش حاشية ابن عابدين .
(١٧) انظر : بدائع الصنائع ج ٦ ص ٢٦٤ ، المبسوط ج١٥ص٢١
(١٨) انظر : المدونة ج ١٥ ص ١٩٧ ، ١٩٨ ، المنتقى للباجى . ج ٦ ص ٤١ ، تبصرة الحكام ج ٢ ص ٢٥٧ ، ٢٦٠ ، قوانين الأحكام الشرعية ص ٣٧٠ ، الأم ج ٣ ص٢٢٠ ، المحلى لابن حزم ج ٨ ص٢٤١ ، ٢٤٢ .
(١٩) انظر : فتح القدير ج ٥ ص ٥٠٦ ، تبيين الحقائق ج ٤ ص ١٩٦ ، حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٣٧٥ ، ٣٧٦ ، م٥٩٠ من مرشد

ومن هذا يتضح أن الضرر الفاحش الواجب رفعه يتنـوع الى أنواع متعددة(٢٠) .

الأول : المانع من السكنى ، الثانى : المتلف للمبانى ، الثالث : الموهن للبناء ، الرابع : المضر بالمال ، الخامس : المعرض النسـاء للاطلاع عليهن .

وقبل أن نتحدث عن هذه المعايير التى يحدد على أساسها الضرر الفاحش وبالتالى تترتب مسئولية المالك عن هذا الضرر ، نحب أن ننوه الى أن الضرر ان كان فاحشا ففيه مذهبان :

المذهب الأول : يرى أصحاب هذا المذهب أن للمالك التصرف فى ملكه كيف شاء ، مادام تصرفه فى حدود الانتفاع المشروع ، ولو ترتب عليه ضرر بغيره ، لأن الناس مسلطون على أموالهم ولهم الانتفاع بها كيف شاءوا ولا ضمان على المالك فى شىء من ذلك لأن الجواز الشرعى ينافى الضمان . والى هذا ذهب أبو حنيفة والشافعى وداود الظاهرى وبعض المالكية (٢١) .

=

الجيران ، المنتقى للبـاجي ج ٦ ص ٤٠ ، ٤١ ، تبصرة الحـكام ج ٢ ص ٢٥٤ ، البهجة شرح التحفة للتسـولى ج ٢ ص ٣٣٦ ، فتح المبين لشرح الأربعين لابن حجر الهيثمى ج ٢ ص ٢٤١ ط مصطفى محمد ، جامع العلوم والحكم لابن رجب الحنبلى ص ٢٦٩ ، ٢٧٠ ط ثالثة سنة ١٩٦٢م مصطفى الحلبى ، الطرق الحكمية فى السـياسية الشرعية لابن القـيم ص ٢٦٤ تحقيق محمد حامد الفقى ط السنة المحمدية سنة ١٣٧٢هـ ــ ١٩٥٣م .

(٢٠) انظر : الشـيخ على قراعة فى دروس فى المعاملات الشرعية ص ١٧ وما بعدها مطبعة الفتوح .

(٢١) انظر : فتح القدير ج ٥ ص ٥٠٦ ، تبيين الحقائق ج ٤ ص ١٩٦ ، مجمع الضمانات للبغدادى ص ١٥٢ ط أولى سنة ١٣٠٨هـ ، الفتاوى البزازية ج ٣ ص ٤١٤ ط ثانية سـنة ١٣٧ بهامش الفتاوى الهندية .

المذهب الثانى : ويرى أصحاب هذا المذهب أن كل ضر فاحش ممنوع ، فالانسان فى استعماله لحقه مقيد بألا يؤدى الى ضرر بغيره أو بعبارة أخرى بشرط ألا ينشأ عن هذا الاستعمال ضرر فاحش أو مستديم بغيره • فتوزيع الحقوق لا يعنى أن كل واحد معزول فى تصرفاته عن غيره ، بل يعنى أنه مسئول عن حفظ التوازن بين مصلحته، والمصالح الأخرى المتعارضة ، فلا يستعمل حقه بما يلحق ضررا فاحشا بغيره ، ولو كان فى استعماله حسن النية (٢٢) والى هذا ذهب أبو يوسف ومحمد ومتأخرو الحنفية وذهب اليه أيضا المالكية فى مسائل وقال به أبو حنيفة فى علاقات الجوار بالعلو والسفل ، كما قال بذلك أيضا بعض الشافعية ، وهو مذهب الحنابلة (٢٣) •

هذا ومن الجدير بالذكر أنه وان كان منع الضر الفاحش الناتج عن استعمال الحق هو ما ذهب اليه جمهرة الفقهاء ، الا أن هذا أيضا محل اعتبار عند غيرهم من الفقهاء الذين ذهبوا الى حرية استعمال الحق دون قيد •

فتاوى قاضيخان ج ٣ ص ٤٧٣ مطبعة المتوكل سنة ١٢٨٢هـ ـ فتح المبين لشرح الأربعين ج ٢ ص ٢٣٨ ، ٢٣٩ ، الأم ج ٣ ص٢٢٢ ، المحلى لابن‌حزم ج ٨ ص ٢٤٢ ، المدونة ج ١٥ ص ١٩٧ ، ١٩٨ ، المنتقى للباجى ج ٦ ص ٤١ ، حلى المعاجم ج ٢ ص ٣٤٣ ، تبصرة الحكام ج ٢ ص ٢٥٧ •

(٢٢) انظر د• محمد زكى السيد نظرية التعسف فى استعمال الحق ص ٨١ بحث منشور بمجلة كلية الشريعة والقانون بأسيوط العدد الرابع سنة ١٩٨٦م •

(٢٣) انظر : فتح القدير ج ٥ ص ٥٠٦ ، حاشية ابن عابدين ج٤ ص ٣٠٥ ، ٥٠١ ، تبيين الحقائق ج ٤ ص ١٩٦ ، البهجة شرح التحفة ج ٢ ص ٣٣٥ ، تبصرة الحكام ج ٢ ص ٢٥٤،المنتقى ج ٦ ص ٤٠،٤١، حاشية ابن قاسم العبادى ج ٢ ص ٢٤١ ، المغنى لابن قدامة ج ٥ ص ٥٧ ، جامع العلوم والحكم ص ٢٦٧ ، ٢٦٨ •

فقد نص ابن حجر الهيتمى من الشافعية على أن تصرف الانسان فى ملكه بما يضر بجاره كفتح كوة وتعلية بناء مشرف على الجار وغيرهما يبيحه الشافعى ان أضر بالمالك ، ويمنعه ان أضر بالملك ، والفرق بينهما أن الأول يحتمل عادة ، ويمكن الاحتراز عنه بجعل ساتر لعياله يمنع من النظر اليهم ، بخلاف الثانى ، ويمنعهما غيره أخذا بعموم حديث « لا ضرر ولا ضرار » • ثم ذكر تأييدا لمذهب الشافعى أن الحديث مخصوص لاتفاقهم على جواز صور من الضرر كوضع آلات البناء من حجر وطين وغيرهما من آلات البناء فى الشارع زمن العمارة وكنفض أوعية تراب أوجص عند الأبواب فانه جائز وان أضر المارين لأن هذا مما لا غنى عنه مع قلته وبأن ظاهر الحديث امتناع الضرر ولو لمن أضرك مع تخصيصه بالصائل ونحوه ممن يجوز دفعه ولو بقتله(٢٤) • كما جاء فى نهاية المحتاج للرملى : « واختار جمع المنع من كل مؤذ لم يعتد » (٢٥) •

فهذه العبارة تفيد منع المالك من الضرر الذى لم يعتد ، أى غير المألوف لكونه فاحشا (٢٦) •

وابن حزم الظاهرى نجده مع أنه من أشد أنصار حرية تصرف الانسان فى ملكه ، الا أنه يمنع ضرر الجار بالدخان فيقول : «ولا يجوز لأحد أن يدخن على جاره لأنه أذى وقد حرم الله تعالى أذى المسلم» (٢٧) •

---

(٢٤) فتح المبين لشرح الأربعين لابن حجر الهيثمى ص ٢٣٨،٢٣٩
(٢٥) نهاية المحتاج للرملى جـ ٥ ص٣٣٤ ط سنة ١٣٥٧هـ ـ ١٩٣٨م مصطفى الحلبى •
(٢٦) د• محمد زكى السيد فى البحث السابق ص ٨٤ •
(٢٧) المحلى لابن حزم جـ ٨ ص ٢٤٢ •

وبعد أن بينا خلاف الفقهاء فى الضرر الفاحش نعود الى المعايير التى ذكرها الفقهاء لتحديد هذا الضرر •

(أ) الضرر المانع من السكنى وأمثلته :

يعد من قبيل الضر الفاحش الواجب رفعه كل ما يمنع الحوائج الأصلية للسكنى • ومن الحوائج الأصلية للساكن أن يكون هواؤه الذى يستنشقه هو وأسرته خاليا مما يفسده فسادا فظيعا وخصوصا اذا كان مستمرا وذلك كتراب البيدر (٢٨) ودخان الحمام ، كما أن مما يلزمه أيضا ألا يجلب هواؤه عليه رائحة كريهة لا يطيق المقام معها كالرائحة الآتية من ديدان الابريسم بعد موتها ومن مدبغة الجلود ومن معصرة الزيوت ، فاذا حصل من الجار شىء مما ذكر كان للجار المتضرر أن يطالب رفعه (٢٩) •

(ب) الضرر باتلاف مبانى الجار :

لا يجوز للجار أن يعمل عملا يضر ببناء جاره ويتلفه فلو فعل شيئا من ذلك أمر برفعه •

ويترتب على ذلك أنه اذا أراد المالك أن يحفر بئرا فى أرضه أو بالوعة فان كان يضر حفرها بجدار جاره فانه يمنع منها ويكون للجار أن يجبره على رفع هذا الضرر بأحكام البناء بالمؤن فان لم يفعل أو لم

---

(٢٨) البيدر هو الموضع الذى تداس وتدرس فيه الحبوب وتذرى، ويقال له الأندر أيضا انظر : مختار الصحاح والمصباح المنير مادة : بدر •

(٢٩) انظر : فتح القدير ج ٥ ص ٥٠٦ ، تبيين الحقائق ج ٤ ص ١٩٦ ، حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٣٠٥ ، ٥٠١ ، م١٢٠٠ من مجلة الأحكام العدلية ، حلى المعاجم للتاودى ج ٢ ص ٢٤٣ ، البهجة شرح التحفة ج ٢ ص ٣٣٧ ، تبصرة الحكام ج ٢ ص ٢٦٥ ، ٢٦٦ ،المنتقى للباجى ج ٦ ص ٤٦ ومن الفقه الحديث الشيخ على قراعة السابق ص ١٨

يمكن أمر برفعه . وأما اذا كان لا يضر بالجدار وانما يضر ببئر جاره في تقليل مائها أو اعدامه بالكلية فانه لا يمنع على القول الراجح (٣٠).

(ج) الضرر بعمل ما يوهن البناء :

الضرر بعمل ما يوهن البناء يجب رفعه كالضرر بعمل ما يتلف البناء . وعلى ذلك فانه يعتبر من الغلو في استعمال الحق أن يدق الشخص في ملكه دقا يؤدي الى حفر حيطان الجار وهدمها .

وبناء على هذا فقد ذهب الأحناف(٣١) الى أنه اذا كانت الدار مجاورة لدور وأراد صاحبها أن يبني فيها تنورا للخبز الدائم كما يكون في الدكاكين أو رحى للطحن أو مدقة للقصارين لم يجز ويمنع من ذلك لأنه يضر بجيرانه ضررا فاحشا لا يمكن التحرز عنه ، لأن الرحى

---

(٣٠) انظر : البهجة في شرح التحفة للتسولي ج ٢ ص ٣٢٧ . تبصرة الحكام ج ٢ ص ٢٥٨ ، المدونة ج ١٥ ص ١٩٦ ، حلى المعاجم ج ٢ ص ٣٤٣ والمادة ١٢٩١ من مجلة الأحكام العدلية ، جامع العلوم والحكم ص ٢٧٠ وانظر في استعمال الحق عموما : النظرية العامة للموجبات والعقود لصبحي المحمصاني ص ٢٧ ، ٥٣ ، المسئولية التقصيرية بين الشريعة والقانون لمحمد فوزي فياض ص ٢٨٨ وما بعدها رسالة دكتوراه من شريعة القاهرة سنة ١٣٨٢هـ ــ ١٩٦٢م على الآلة الضاربة ، نظرية الضمان أو أحكام المسئولية المدنية الجنائية في الفقه الاسلامي للدكتور وهبة الزحيلي ص ٢٢ ــ ٢٥ ط أولى سنة ١٣٨٩هـ ــ ١٩٧٠م دار الفكر ، النظرية العامة للمعاملات في الشريعة الاسلامية الاسلامية للدكتور أحمد فهمي أبو سنة ص ١٠٠ وما بعدها مطبعة دار التأليف سنة ١٣٨٧هـ ــ ١٩٦٧م الضمان في الفقه الاسلامي للمرحوم الشيخ على الخفيف ص ٩٢ ــ ١٠١ ط سنة ١٩٧١ المطبعة الفنية الحديثة .

(٣١) انظر : فتح القدير ج ٥ ص ٥٠٦ ، تبيين الحقائق ج ٤ ص ١٩٦ ، ابن عابدين ج ٤ ص ٣٠٥ .

والدق يوهن البناء ويهدم الحيطان وبهذا قال المالكية (٣٢) أيضا فيمنع عندهم أن يحدث الجار فى عرصته ما يضر بجيرانه من بناء حمام أو فرن للخبز أو كير لعمل الحديد أو رحى للطحن ، ومثل هذا أيضا عند الحنابلة (٣٣) .

(د) الضرر بعمل ما يتلف المال :

كما أنه يجب منع الضرر عن نفس الجار وعن بنائه يجب منع الضرر عن ماله ، فاذا عمل الجار عملا يضر بمال جاره ضررا ينقص قيمته كلف برفع هذا الضرر ومثال ذلك ما لو أحدث رجل دكان طباخ فى سوق البزازين وكان الدخان يضر بأمتعة الجار ضررا فاحشا فانه يكلف برفع ضرره (٣٤) .

هذا وليس بلازم أن يؤدى الغلو فى الاستعمال الى اتلاف شىء يملكه الغير حتى يكون مسئولا عن غلوه فى استعمال حقه ، بل يجب منع المالك من هذه الصورة من الاستعمال مادام قد أدى الى الاضرار بالغير حتى ولو لم يؤد الى شىء من الاتلاف (٣٥) ، فيجب منع المالك مثلا من القاء القمامات ، أو التراب أو الحجارة أمام ملكه ، ومنعه من رش الشارع رشا مفرطا ، وما ماثل ذلك من ربط الدواب مدة طويلة فى الشارع ، وفى هذا المجال يقول فقهاء الشافعية :

« يجب منع ما جرت به عادة العلافين من ربط الدواب فى الشارع

---

(٣٢) انظر : البهجة فى شرح التحفة جـ ٢ ص ٣٣٦ ، ٣٣٧ ، المنتقى للباجي جـ ٦ ص ٤١ ، تبصرة الحكام جـ ٢ ص ٢٦٥ ، ٢٦٦ .

(٣٣) انظر : جامع العلوم والحكم ص ٢٦٩ ، ٢٧٠ ، الطرق الحكمية لابن القيم ص ٢٦٤ .

(٣٤) انظر : الشيخ على قراعة فى المرجع السابق ص ١٩ .

(٣٥) انظر : د. محمد رأفت عثمان فى المرجع السابق ص ١٠٩ .

الكراء فلا يجوز وعلى ولى الأمر منعهم لما فى ذلك من مزيد الضرر» (٣٦)

ومن هذا أيضا اشتداد صوت آلات الحدادين والنجارين ودوامها الذى يسبب الضوضاء المقلقة للسكان ومنه كذلك احداث اصطبل للخيول ونحوها من الدواب أمام باب غيره لما فيه من الضرر الناتج من بول الدواب وزبلها بالحيطان مع حركتها ليلا ونهارا المانعة من النوم (٣٧) .

(هـ) الضرر بعمل ما يمكن من الاطلاع على نساء الجار :

كما أن الجار يتضرر بعمل ما يؤذيه فى نفسه أو ماله يتضرر أكثر الضرر بعمل ما يمكن الغير من الاطلاع على نسائه والنظر اليهن وخصوصا فى منزل سكناه وفى الأماكن التى لا يمكن فيها للنساء عادة أن تتجنب كشف شىء من عوراتها فيها .

فاذا عمل شخص على أن يتمكن من الاطلاع عليهن وهن فى مساكنهن وقد يكن فى حالة بعيدة عن الاحتشام كان فى ذلك أكبر الضرر وللمتضرر أن يطلب ازالته ورفعه .

ومن أمثلة ذلك ما ذكره المالكية(٣٨) وبعض الحنفية(٣٩) من أن

---

(٣٦) حاشية ابن القاسم العبادى على تحفة المحتاج لابن حجر الهيثمى جـ ٢ ص ٢٤١ .

(٣٧) انظر : الشرح الصغير للامام الدردير جـ ٤ ص ٣٨ تحقيق الشيخ محمد محيى الدين عبد الحميد ط ثانية سنة ١٩٦٣ ، الشرح الكبير للدردير جـ ٣ ص ٣٣٣ دار احياء الكتب العربية ، البهجة شرح التحفة جـ ٢ ص ٣٣٧ ، حلى المعاجم جـ ٢ ص ٣٣٦ .

(٣٨) انظر : الشرح الصغير للدردير جـ ٤ ص ٣٧ ، الدسوقى على الشرح الكبير جـ ٣ ص ٣٣١ ، المدونة جـ ١٥ ص ١٩٧ ، البهجة فى شرح التحفة جـ ٢ ص ٣٣٨ ، حلى المعاصم جـ ٢ ص ٣٣٨ ، تبصرة الحكام جـ ٢ ص ٢٥٥ ، قوانين الأحكام الشرعية ص ٣٦٩ .

المالك اذا أراد أن يفتح كوة ـ أى طاقة ـ تشرف على جاره أو شباكا يشرف عليه من باب أولى فانه يمنع من ذلك اذا كانت الفتحة بحيث تمكن صاحبها من الاطلاع على جاره وأهله • ويؤمر برفع الضرر بصورة تمنع وقوع النظر ببناء ساتر أو غيره •

ولا فرق فى هذا بين الضرر الحديث والقديم عند الأحناف • فلو كانت دار قديمة بهذا الوصف فللجيران الحادثين أن يطالبوا بتغيير القديم عما كان عليه ، لأن الضرر البين يزال ولو قديما ، اذ لا فرق بين القديم والحديث حيث كانت العلة الضرر البين لوجودها فيهما (٤٠)

وبمنع الكوة قال المالكية أيضا كما سبق القول الا أن المالكية قيدوا ذلك بأمرين :

الأول : أن يكون الفتح جديدا • فان كان الفتح قديما فانه لا يقضى بسده ويقال للجار أستر على نفسك ان شئت • الثانى : ألا تكون الفتحة عالية بحيث لا يمكن التطلع منها على الجار الا بالصعود على سلم مثلا فاذا كانت عالية بهذا المقدار فانه لا يقضي كذلك بسدها •

واذا حكم بسد هذه الفتحة التى توافر فيها هذان القيدان فانه لا يكتفى بسد ظهرها مع بقاء شكلها على ما هو عليه ، لأنه يمكن أن يكون فى المستقبل ذريعة لأن يدعى صاحبها أنها قديمة ويطالب بفتحها فلابد اذن من سد الفتحة من أصلها وازالة كل ما يدل عليها من عتبة أو خشبية ونحوهما (٤١) •

---

(٣٩) انظر : حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٣٧٦ ، الفتاوى الخيرية ج ٢ ص ٢٠١ ، ٢٠٢ ط ثانية ببولاق سنة ١٣٠٠هـ •

(٤٠) انظر : حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٣٠٥ ، ٥٠٢ •

(٤١) انظر : منح الجليل للشيخ عليش ج ٣ ص ٣٢٩ الناشر

شروط مسئولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة :

يشرط فى الضرر الذى يرتب مسئولية المالك ويكون من الواجب رفعه أن يكون ضررا فاحشا ، وأن يكون متيقنا لا متوهما ، وألا يكون المتضرر دخل فى وجوده (٤٢) .

الشرط الأول : أن يكون الضرر فاحشا بالمعنى السابق تحديده . فلو كان الضرر بسيطا لم يكلف محدثه برفعه . ومن أمثلة ذلك الأضرار اليسيرة أو العادية التى سبق أن تحدثنا عنها فلا داعى للتكرار .

الشرط الثانى : أن يكون الضرر متيقنا لا متوهما :

فلو كان الضرر متوهما لا يلتفت اليه . ومن أمثلة ذلك ما يأتى :

(أ) لرجل شباك يطل على مقر نساء جاره الا أن الشباك مرتفع عن قامة الانسان بحيث أن الواقف بجواره لا يمكنه أن ينظر منه الى بيت الجار لارتفاعه عن قامته فتضرر الجار من هذا الشباك بحجة أن صاحبه يمكنه أن يضع سلما ويصعد به الى مقر الشباك فينظر منه الى مقر نسائه .

(ب) لرجل شجرة فاكهة فى جنينته فتضرر الجار من هذه الشجرة ، لأن صاحبها عند صعوده اليها لأخذ ثمرها يشرف على مقر نسائه — فاذا تضرر الجار فى هاتين الصورتين مطالب برفع الضرر بسد الشباك وقطع الشجرة لايجاب الى ما طلب ، لأن الضرر هنا

مكتبة النجاح بليبيا ، المدونة ج ١٥ ص ١٩٧ ، تبصرة الحكام ج ٢ ص ٢٥٥ ، د. سليمان محمد أحمد فى ضمان المتلفات فى الفقه الاسلامى ص ٣٢١ ط أولى سنة ١٤٠٥هـ — ١٩٨٥م د. محمد رأفت عثمان السابق ص ١٠٦ .

(٤٢) انظر الشيخ على قراعة فى المرجع السابق ص ١٧ ، ٢١ ، ٢٢ ، ٢٣ .

متوهم والضرر الذى يجب رفعه هو الضرر المتيقن، الا أنهم قالوا انه يلزم صاحب الشجرة عند قصد صعودها هو أو من اشترى من ورقها أو ثمرتها اعطاء الناس الخبر لأجل التستر والا منع من الصعود (٤٣).

الشرط الثالث : ألا يكون للمتضرر دخل فى وجود الضرر :

الضرر الذى يجب رفعه ويكون للمتضرر حق طلب ازالته هـــو الضرر الذى يحصل بفعل الغير ولايكون للمتضرر دخل فى وجوده، فان كان المتضرر دخل فى وجود ما يتضرر منه لم يكن له أن يطلب رفعه وان طلب لايجاب الى طلبه ومن أمثلة ذلك • دار قديمة لرجل فيها شــباك فجاء جاره وبنى بجواره دارا وجعلها بحيث أن شباك دار جاره القديمة يشرف على مقر نسائه فتضرر صاحب الدار الحديثة من شباك جــاره صاحب الدار القديمة وطلب رفع هذا الضرر فانه لايجــاب الى طلبه لأن هذا الضرر لم يحصل الا بفعله وهو بناؤه داره بالوضع الذى ترتب عليه أن شباك دار جاره صار مشرفا على مقر نسائه ولو كان قد بنى داره بوضع آخر لم يحصل هذا الضرر ـــ ويلاحظ أن هـــذا الشرط الأخير يشترطه الأحناف فقط وسنزيد هذا الشرط ايضاحا فى البنـــد التـــالى :

أسبقية الاستعمال أو الاستغلال :

الغرض فى هذه المسألة أن لرجل تنور قديم أو حمام أو غير ذلك فجاء جاره وأحدث بجوار التنور أو الحمام دارا ثم تضرر بعد سكناه اياها من دخان التنور أو الحمام وطالب برفع هذا الضرر فهل يجابه الى طلبه أم لا ؟

---

(٤٣) انظر : حاشية ابن عابدين جـ ٤ ص ٥٠٠ ، ٥٠١ ، الفتاوى الخيرية جـ ٢ ص ٢٠١ ، ٢٠٢ ، المدونة جـ ١٥ ص ١٩٧ ، حلى المعــاجم جـ ٢ ص ٣٣٨ •

خلاف بين الفقهاء :

ذهب الأحناف الى أنه ليس لمالك المنـزل أن يتضرر من صاحب التنور أو الحمام لأن بناءه دليل على رضاه بكل ما يتوقع من الدخان وغيره من مضار التنور والحمام • فقد جاء فى المادة ١٢٠٧ من مجـلة الأحكام العدلية : أنه لو تصرف الانسان فى ملكه تصرفا مشروعا فجاء آخر وأحدث عنده بناء ، فان كان هذا المحدث متضررا فعليـه دفـع الضرر ببناء ساتر أو غيره ، فاذا كان لدار قديمة شباك مشرف على مقر نساء دار محدثة فيلزم صاحب الدار المحدثة أن يدفع هو مضرته بأن يقيم ساترا فى ملكه ، وليس له صلاحية أن يدعى على صاحب الدار القديمة •

وكذلك لو كان لدكان حداد عرصة متصلة به وأحدث فيها شخص دارا فليس له أن يطلب تعطيل دكان الحداد لأنه يحصل لـداره ضرر فاحش من طرق الحديد •

ومثل هذا لو كان هناك بيدر قديم وأحدث أحد دارا بالقرب منه فليس له أن يمنع صاحب البيدر من التذرية بحجة أن غبار البيـدر يجىء على داره •

ومثل هذا أيضا ما جاء فى مرشد الحيران فالمادة ٦١ تنص على أن « سد الضياء بالكلية على الجار يعد ضررا » • فلا يسوغ احداث بناء يسد به شباك بيت جاره سدا يمنع الضوء عنه وان فعـل ذلك فللجار أن يكلفه رفع البناء دفعا للضرر عنه » كما نصت المـادة ٦٢٥ على أن « رؤية المحل الذى هو مقر للنساء يعد ضررا فاحشا فلا يسوغ احداث شباك أو بناء يجعل فيه شباكا للنظر مطلا على محل نساء جاره وان أحدث ذلك يؤمر برفع الضرر اما بسد الشباك أو ببناء ساتر فان

كان الشباك المحدث مرتفعا فوق قامة الانسان فليس للجار طلب سده»
ونصت المادة ٦٣ على أنه « ان كان لأحد دار يتصرف فيهـا تصرفـا
مشروعا فأحدث غيره بجواره بناء مجددا فليس للمحـدث أن يتضرر
من شبابيك الدار القديمة ولو كانت مطلة على مقر نشائه بل هو الذى
يلزمه دفع الضرر عن نفسه » •

ومن هذا يتضح أن الضرر الفاحش يتحقق من صاحب البنـاء
اللاحق ، اذا كـان من شأنه أن يمنع الضوء عن الجار ، أو كان يمكن
منه رؤية محل النساء ، وذلك باعتبار أن الوضع السابق قد استقر ،
فلا يصح القيام بأفعال تخل بهذا الاستقرار وعلى العكس ليس لمـن
جاء فيما بعد أن يتضرر اذا كان البناء السابق يجـرح منزله بامكان
رؤية الحريم ، لأنه كان يتعين عليه مراعاة ذلك فى بنائه ، نظـرا
لاستقرار الوضع بالنسبة للأول قبل الثـانى(٤٤) • وبهذا الرأى قال
بعض فقهاء القانون المدنى كما سارت المذكرة الايضاحية أيضـا على
مذهب الأحناف •

وذهب جمهور الفقهاء (٤٥) الى أن أسـبقية الاستعمـال أو
الاستغلال لا تعصم المالك من المسئولية عن الضرر الفاحش الـذى
يلحق الجيران • ولذلك فان الضرر يزال سواء كان قديما أو حديثا ،
لأن الضرر لا يجاز أصلا وان طال ، اذ الحيازة انما تكون فى الأملاك
وأما الضرر فيزيده طول التقادم ظلما وعدوانا • وعلى ذلك وكما سبق

---

(٤٤) انظر : فتح القدير ج ٥ ص ٥٠٦ ، تبيين الحقائق ج ٤ ص ١٩٦ ، حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٣٠٥ ، ٥٠١ وانظر أيضا الشيخ على قراعة فى المرجع السابق ص ٢٣ وما بعدها •

(٤٥) انظر : تبصرة الحكام ج ٢ ص ٢٥٥ ، البهجة ج ٢ ص ٣٣٨ ، المنتقى ج ٦ ص ٤٣ ، منح الجليل ج ٣ ص ٣٣٩ ، جامع العلوم والحكم ص ٢٦٩ ، ٢٧٠ ، الطرق الحكمية ص ٢٦٤ ـ نهاية المحتاج ج ٥ ص ٣٣٤

القول فلو كانت دار قديمة بهذا الوصف فللجيران الحادثين أن يطالبوا بتغيير القديم عما كان عليه ، لأن الضرر البين يزال ولو قديمـــا اذ لا فرق بينهما حيث كانت العلة الضرر البين لوجودها فيهما • ويرى جمهور الفقهاء أخذ معظم فقهاء القانون المدنى المصرى •

والذى أميل اليه هو رأى جمهور الفقهاء الذى لم يفرق بين قديم الضرر وحديثه خاصة اذا أخذنا فى الاعتبار أن هذا الرأى فيه مراعاة لحق الجار بمنع الضرر الفاحش أو المستديم عنه • بل ان الشريعـــة الاسلامية كما سبق القول لم تقف عند حد أعطاء الجار حقوقه فحسب ولكن أمر الله بالاحسان اليه فى قوله تعالى « واعبدوا الله ولا تشركوا به شيئا وبالوالدين احسانا وبذى القربى واليتامى والمساكين والجار ذى القربى والجار الجنب»(٤٦) كما أمر عليه الصلاة والسلام باكرامه فقال : « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليكرم جاره » (٤٧) ونهى عليه السلام عن ايذائه فقال : «من كان يؤمن بالله واليوم الآخـــر فلا يؤذ جاره » (٤٨) •

الشريعة الاسلامية هى المصدر الذى استلهم منه المشرع الوضعى المصرى أحكام المضار غير المألوفة :

جاءت الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى الحالى بما يفيد أن النص على عدم الغلو فى الاستعمال انما يقرر التزامات الجـــوار فيجعلها التزامات قانونية « وهى التزامات لا مصدر لها الا القضـــاء المصرى قررها مهتديا فى تقريرها بالشريعة الاسلامية • فقننها المشروع كما هى مقررة فى القضاء المصرى وفى الشريعة الاسلاميـــة معـــا ،

---

(٤٦) سورة النساء من الآية رقم ٣٦ •

(٤٧،٤٨) الحديثين سبق تخريجهما •

فأصبحت التزامات مستقرة ثابتة لها مصدر معروف ••••• والمهم هو تحديد الغلو ••• والمعيار هو الضرر غير المألوف ••• والضرر الفاحش هو غير المألوف »(٤٩) •

وهذه الاشارة الى الشريعة الاسلامية بخصوص عدم الغلو ليست بحاجة الى بيان • فالشريعة الغراء هى المصدر الذى استلهم منه المشرع الوضعى أحكام الغلو فى الاستعمال وقد سبق أن بينا أن ما ذكرته المذكرة الايضاحية قد سارت وفقا لمذهب الأحناف • كما أن القضاء المصرى فى ظل القانون المدنى السابق والذى جاء خاليا من النص على التزامات الجوار كان يطبق فى هذا الشأن مابدىء الشريعة الاسلامية وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة فى ٣٠ أبريل سنة ١٩٠٣ بأن : « الملكية الفردية أيا كانت سعة نطاقها ، تتقيد بواجب الامتناع عن الحاق أى ضرر جسيم بالجار •••• ويدخل فى ذلك كل فعل يمنع الجار من تحصيل المنافع الرئيسية من ملكه » وتواترت الأحكام بعد ذلك على تقرير المبادىء ذاتها (٥٠) •

المطلب الثانى :

ماهية الغلو الذى يرتب مسئولية المالك فى القانون المدنى :

ـ مضمون الالتزام بعدم الاضرار بالجار :

تنص المادة ٨٠٧ من القانون المدنى المصرى الحالى على ما يأتى :

١ ـ على المالك ألا يغلو فى أستعمال حقه الى حد يضر بملك الجار •

---

(٤٩) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٦ ص ٣١ ـ ٣٢ •

(٥٠) انظر : الأستاذ حسين عامر فى المسئولية المدنية التقصيرية والعقدية ص ٢٥٣ •

٢ ـ وليس للجار أن يرجع على جاره فى مضار الجوار المألوفة التى لا يمكن تجنبها ، وانما له أن يطلب ازالة هذه المضار اذا تجاوزت الحد المألوف على أن يراعى فى ذلك العرف ، وطبيعة العقارات • وموقع كل منها بالنسبة الى الآخر ، والغرض الذى خصصت له • ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق » •

٢ ـ المبدأ بالنهى ونطاقه (١) :

يتضمن نص المادة ٨٠٧ مدنى نهيا توجه به المشرع الوضعى الى كل مالك وهو نهى عن أن يغلو فى استعمال حقه الى الحد الذى يضر بالجار والا كان مسئولا • ويلاحظ أن مسئولية المالك تقوم على الرغم من أنه يباشر احدى سلطاته على المملوك وهى سلطة الاستعمال • ولم يكتف المشرع الوضعى بالخطر السابق بمجرده بل أضاف أن الخطر وجزاء مخالفته مسئولية المالك مدنيا ، لا يشمل كل مغالاه بل يقتصر فقط على كل ما يؤدى منها الى الحاق ضرر غير مألوف بملك الجار • فالخطر بجزائه ينحسر عن الضرر المألوف ولو كان ناتجا عن كيفية فى الاستعمال •

فالمغالاة والضرر المألوف قرينها يمثلان الاطار لمسئولية المالك مدنيا عن استعماله لحقه على الوجه الذى تشوبه تلك المغالاه وبالكيفية التى تحدث ذلك الضرر على وصفه المذكور •

وبالرغم من أن النص السابق يتكلم عن المالك الا أن حكمه يمتد فيشمل فعل كل من يشغل العقار ذلك آن نص المادة ٨٠٧ مدنى يفصح عن قيام التزام عينى يحمل الملكية لا شخص المالك وهو التزام ينشأ

(١) انظر : د• طلبة وهبة خطاب فى النظام القانونى لحق الملكية فى القانون المدنى المصرى ص ٨٧ ط ١٩٨٧ •

بمجرد التجاور بين عقارين يشغلهما شخصان لكل منهما موقع محـــدد ولا بشرط أن يكونا مالكين • فالضوضاء أو الدخان المنبعثة من شـــقة مثلا تسبب نفس المضار سواء كان الجار مالكا أو مستأجرا (٢) •

٣ ــ تحديد حالة مضار الجوار غير المألوفة :

لكى نحدد حالة مضار الجوار غير المألوفة يجب أن نميز بـــين حالات ثلاث :

١ ــ مجاوزة الحدود الموضوعية للحق •

٢ ــ حالة التعسف فى استعمال حق الملكية •

٣ ــ حالة مضار الجوار غير المألوفة •

١ ــ مجاوزة الحدود الموضوعية للحق •

اذا تجاوز المالك حدود حقه كأن فتح فى البناء الذى يقيمه على أرضه مطلا على ملك الجار على مسافة أقل مما حدده القانون أو وضع مواد البناء فى أرض جاره ، أو سالت باهماله المياه المتخلفة عن مصنعه الى أرض جاره كان مسئولا طبقا لقواعد المسئولية التقصيرية عـــن الضرر الذى يلحق جاره • وقد يسأل المالك باعتباره حارسا لما يملكه ، عن الضرر الذى يحدثه تهدم البناء ، أو فعل الحيوان ، أو الشىء غير

---

(٢) انظر : الأستاذ الدكتور السنهورى فى الوسيط ج ٨ ص ٦٨٦ دار احياء التراث العربى بيروت ، أ٠د٠ أحمد سلامة فى الملكية الفردية فى القانون المصرى ص ١٠٩ هامش (١) ط أولى سنة ١٩٧٠ ، أستاذنا الدكتور عبد الخالق حسن فى حق الملكية والتأمينات العينية والشخصية ص ٣٢ ط سنة ١٩٨٧م ، د٠ محمد ربيب شنب فى موجز فى الحقوق العينية الأصلية ص ٢٣٧ ط ١٩٧٣ •

الحدى طبقا للقواعد العامة فى المسئولية عن الأشياء (٣) •

ــ التعسف فى استعمال الحق :

كذلك يسأل المالك اذا تعسف فى استعمال حقه ، كما لو قصد باستعمال الشىء المملوك له الاضرار بغيره ، أو كانت المصالح التى يجنيها من استعماله قليلة الأهمية لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها ، أو كانت المصالح التى يرمى الى تحقيقها غير مشروعة م ٥ من القانون المدنى •

ففى الحالات الثلاث السابقة ــ حالات التعسف الواردة فى المادة الخامسة من القانون المدنى ــ يعد سلوك صاحب الحق سلوكا خاطئا، اذ هو يقصد الاضرار فى الحالة الأولى وهذا هو الشأن فى الحالة الأخرى • حيث يفترض أن الشخص الذى لا يسعى من وراء استعماله لحقه الا الى مصلحة تافهة بالنسبة لما يصيب الغير من ضرر ، انما هو بقصد الاضرار بهذا الغير ، وهذا هو الشأن بالنسبة لمن يرمى الى تحقيق مصلحة غير مشروعة من وراء استعمال حقه (٤) •

---

(٣) انظر : أ٠د٠ محمود جمال زكى فى الحقوق العينية الأصلية ص ٥٧ ط سنة ١٩٧٨ ، د٠ طلبة وهبة فى المرجع السابق ص ٨٨ ، د٠ شنب فى المرجع السابق ص ٢٣٦ ، أستاذنا الدكتور عبد الخالق حسن فى المرجع السابق ص ٢٨ ، أستاذنا الدكتور لاشين الغاياتى فى حق الملكية وأسباب كسبه ص ٨٢ مذكرات على الآلة الضاربة سنة ١٩٨٠ ، حسين عامر فى المسئولية المدنية التقصيرية والتعاقدية ص ٢٦٩ ط ثانية سنة ١٩٧٩ •

(٤) انظر : أ٠د٠د توفيق حسن فرج فى الحقوق العينية الأصلية ص ١٤٧ ط ١٩٨٣ •

— مضار الجوار غير المألوفة :

على أن المالك قد لا يخالف نصا فى القانون ، ولا يتجاوز حدود حقه ، ولا يتعسف فيه ، ومع ذلك يلحق جيرانه نتيجة استعماله لحقه ضرر لم يكن فى وسعه أن يتجنبه كأن يقيم مصنعا بعد الحصول على ترخيص به واتباع جميع الاشتراطات التى يتطلبها القانون ، بل وانجاز كل الاحتياطات الفنية التى من شأنها منع الضرر ، فهل يظل رغم ذلك مسئولا قبل جيرانه عن الأضرار التى تلحقهم نتيجة وجود مصنعه أو العمل فيه ؟

تجيبنا على ذلك الفقرة الثانية من المادة ٨٠٧ مدنى كما سبق أن رأينا بقولها : «ليس للجار أن يرجع على جاره فى مضار الجوار المألوفة التى لا يمكن تجنبها ، وانما له أن يطلب ازالة هذه المضار اذا تجاوزت الحد المألوف .

فالصورة التى يعالجها هذا النص هى صورة مالك استعمل حقه دون أن يرتكب أى خطأ ، أى هو بذل فى ذلك العناية الواجبة واتخذ من الاحتياطات ما يلزم فى الظروف التى يوجد فيها ، ودون أن يخالف القوانين واللوائح الخاصة ودون أن يتعسف فى استعمال هذا الحق ومع ذلك فان استعماله قد ألحق بالجار مضار غير مألوفة فهنا لو طبقت قواعد المسئولية التقصيرية أو طبقت نظرية التعسف لأفلت المالك من أى حساب وتحمل جاره هذه المضار . وواضح أن هذا الافلات من الجزاء يحدث اختلالا بالتوازن فى استعمال العقارات المتجاورة وتلك نتيجة لم تعد تستقيم مع اعتبار حق الملكية حقا مقيدا . ولهذا فقد تدخل المشرع الوضعى بنص المادة ٨٠٧ مدنى ليعيد التوازن المختل وليمكن الجار من المطالبة بمنع هذه المضار أو بالتعويض عنها(٥) .

---

(٥) انظر أ.د. أحمد سلامة فى المرجع السابق ص ١١٠ .

مما سبق يتضح الفرق بين حالة مضار الجوار غير المألوفة وحالتى مجاوزة الحدود الموضوعية للحق والتعسف فى استعمال هذا الحق • ففى الحالة الأولى يكون هناك خطأ ثابت أو مفترض فى جانب المالك ولذلك يعوض المالك عن الضرر مهما كان ضئيلا • وفى حالة التعسف فى استعمال حق الملكية يكون من المتعين أيضا حد الضرر مهما كان ضئيلا، أما فى المسئولية عن حالة مضار الجوار غير المألوفة والتى نحن بصددها فلا يكون هناك أى خطأ فى جانب المالك ، ولا يكون المالك متعسفا فى استعمال حق ملكيته فهو لم ينحرف عن السلوك المألوف للشخص المعتاد لا خروجا عن حدود حق الملكية ولا تعسفا فى استعمالها ، بل كل ما هنالك أن استعمال المالك لحق ملكيته أضر بالجار ، ولذلك لا يعوض الجار عن الضرر الا اذا كان ضررا غير مألوف أى ضررا فاحشا ، ولا يعوض عن الضرر المألوف أى الضرر الذى لا يمكن تجابه بين الجيران(٦) •

ولا شك أن للصورة المتقدمة أهمية كبيرة فى الوقت الحاضر ، نظرا لاتساع العمران وازدياد عدد المصانع وهى مصدر أضرار مختلفة للجيران بما ينبعث عنها من أدخنة وأبخرة تسىء الى صحتهم وبما يحدثه سير العمل فيها من ضوضاء تعكر صفو راحتهم أو من ارتجاجات منتظمة توهن أساسات منازلهم ويؤدى كل ذلك الى الحاق الخسارة بهم نتيجة هبوط قيمة عقاراتهم ، بل ان المحال التجارية والمحلات العمومية قد تكون مصادر مضار جدية كاللافتات المضيئة بما تحدثه من ضوء مبهر والضوضاء التى تحدثها محال بيع أجهزة المذياع أو أدوات الموسيقى أو المسارح أو دور الخيالة والصخب والصياح الذى

---

(٦) انظر : أ•د• السنهورى فى الوسيط ج ٨ ص ٦٩٤ ، د• طلبة وهبة فى المرجع السابق ص ٨٩ ، أ•د• توفيق فرج فى المرجع السابق ص ١٤٨ •

يحدثه التلاميذ فى المدارس وتزداد على مر الزمن أهمية المسألة تحت تأثير عوامل اجتماعية ، باتساع رقعة المدن وعلى الخصوص بازدياد كثافة السكان فيها ، وعوامل فنية بكثرة استخدام الآلات التى تزيد متاعب الناس بقدر ما تيسر وسائل الحياة لهم وعوامل نفسية بازدياد وعى الأفراد وادراكهم لحقهم فى حياة مريحة هادئة(٧) •

فى هذه الأمثلة وغيرها تضع المادة ٨٠٧ مدنى حدا لاستعمال الملكية المنوع والجائز •

الشروط الواجب توافرها فى حالة مضار الجوار غير المألوفة :

لا تقوم مسئولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة طبقا للمادة ٨٠٧ مدنى الا بغلو فى استعمال حقه يحدث بالجار ضررا ينبغى أن يكون غير مألوف •

وتأسيسا على ذلك فلا مسئولية على المالك لمجرد أنه يغلو فى استعمال حقه دونما ضرر يلحق الجار مع أن ذلك نادر • وبذات القدر أيضا لا مسئولية على المالك مع الغلو وحتى مع الاضرار بالجار لو كان هذا الضرر مألوفا ، ذلك أن الجيرة أو التلاصق أو التقارب بين الأماكن عموما تسبب عادة مضايقات وأضرار لا يمكن تلافيها ، أو يمكن تلافيها ولكن بالتضييق على الناس فى استعمال حقوقهم ، ولذلك جرى العمل بين الجيران على تحمل قدر من هذه المضايقات والأضرار والتسامح بشأنها بحيث يمكن وصف هذا القدر بالمضار المألوفة ، فلا يكون لجار أن يرجع على جاره طالبا ازالة هذه المضار أو التعويض عنها • والا

---

(٧) انظر : فى هذه الأمثلة أ•د• محمود جمال الدين زكى فى المرجع السابق ص ٦٠ ، أ•د• أحمد سلامة فى المرجع السابق ص ١١٠ أ•د• اسماعيل غانم فى الحقوق العينية الأصلية الجزء الأول حق الملكية ص ١٢٩ ، ١٣٠ ط ثانية سنة ١٩٦١ •

غلت أيدى الملاك عن استعمال حقوقهم وعد عزوفهم عن استعمال تلك الحقوق أمرا مألوفا وهذا غير صحيح(٨) .

وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصـــدد :

« والمبدأ الأساسى الذى وضعه النص هو نهى المالك عن أن يغلو فى استعمال حقه الى حد يضر بملك الجار . فهناك اذن شرطان لمسئولية المـــالك : ضرر يصيب الجار وغلو المالك فى استعمال حقه . والمهم هو تحديد هذا الغلو ، فقد تبين أن العمل الضار بالجار لا يوجب المسئولية حتما ، بل لابد أن يكون فى العمل غلو من المالك فى استعمال حقه . وقد حددت الفقرة الثانية من النص معنى الغلو ، ورسمت له معيـــارا مرنا لا قاعدة جامدة . فالغلو يتصف به كل عمل يحـــدث ضررا غير مألوف للجار ، فالمعيار اذن هو الضرر غير المألوف ويجب التسامح فيما يحدثه الجيران بعضـــهم لبعض من ضرر مألوف والا غلت أيدى الملاك عن استعمال حقوقهم . أما اذا أحدث عمل المـــالك ضررا غير مألوف بالجار فانه يصبح مسئولا عن تعويض هذا الضرر ... »(٩) .

وخلاصة القول أن شروط مســئولية المالك ترجع وعلى حد تعبير الفقه(١٠) الى فكرة الغلو فى استعمال المالك لحق الملكية ، ومعنى الغلو هنا هو أن يصيب المالك فى استعماله لحق ملكيته الجار بضرر غير مألوف.

معيار الضرر غير المألوف :

الضرر غير المألوف هو الضرر الذى لم تجر العـــادة بتحمله دون

---

(٨) انظر : أ.د. ظلبة وهبة فى المرجع السابق ص ٨٩ ، أ.د. محمد لبيب شنب فى المرجع السابق ص ٢٣٧ ، أ.د. توفيق حســن فرج فى المرجع السابق ص ١٥٠ ، ١٥١ .

(٩) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٣١ .

(١٠) انظر : أ.د. السنهورى فى الوسيط ج ٨ ص ٦٩٥ .

شكوى والغالب أن يكون ضررا فاحشا(١١) أو هو الضرر الفاحش غير اليسير(١٢) • وبعبارة أخرى يكون الضرر غير مألوف متى زاد عن الحد المعهود فيما يتحمله الجيران عادة بعضهم من بعض بحكم الجوار فاذا زاد الضرر على هـذا الحد كان ضررا غير مألوف ووجب التعـويض عنـه(١٣) •

وعن معيار هـذا الضرر يمكننا أن نسـتخلص ما يميزه من نص الفقرة الثانية من المادة ٨٠٧ مدنى التى تقول «وانما له (أى للجار) أن يطلب ازالة هذه المضار اذا تجاوزت الحد المألوف ، على أن يراعى فى ذلك العرف وطبيعة العقـارات ، وموقع كل منهـا بالنسـبة للآخر والغرض الذى خصصت له » •

وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصـدد : « وقد قضت المادة ••• بأنه يراعى فى تحـديد الضرر غير المـألوف اعتبارات مختلفة منها : (أ) العرف (ب) وطبيعة العقارات (ج) وموقع كل منها بالنسـبة للآخر (د) والغرض الذى خصصت له • فمن ذلك يتبين أن ما يعتبر ضررا مألوفا فى ناحية مكتظة بالمصـانع والمقـاهى والمحلات العـامة ، يعتبر ضررا غير مألوف فى ناحيـة هادئة خصصت للمساكن دون غيرها وسكنى العلية من الناس •

فاذا فتح محل مغلق للراحة فى وسط المساكن الهادئة كان فى هذا ضرر غير مألوف تجب ازالته »(١٤) •

---

(١١) انظر : أ•د• شنب فى المرجع السابق ص ٢٣٧ •

(١٢) انظر : أستاذنا الدكتور عبد الناصر توفيق العطار فى شرح أحكام حق الملكية مذكرات على الآلة الضاربة ص ٣٧ ط ١٩٨٥ •

(١٣) انظر : أ•د• السنهورى فى الوسيط ج ٨ ص ٦٩٦ •

(١٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٣٢ •

من ذلك نرى أن معيار « الضرر غير المألوف » جاء متسما بالمرونة لا قاعدة جامدة فيتكيف مع الظروف المختلفة ويواجه الحاجات المتغايرة ويستجيب لمقتضيات كل منها •

وكون المعيار مرنا يفيد أنه ليس هناك حد معين أو رقم معين يجب أن يصله الضرر حتى يقال عنه انه غير مألوف أو أن التسامح لا يرد عليه واذن فقد يتفق أن يكون ذات الضرر مألوف فى حالة وغير مألوف فى حالة أخرى(١٥) • فالمضايقات التى تنتج من الدخان قد تكون ضررا مألوفا فى الريف حيث يوجد بكل منزل (فرن) أو فى حى مخصص للمصانع ولكنه لا يعد كذلك فى حى سكنى المدينة وتصاعد الروائح من الدور الأسفل من مبنى قد يؤدى الى مضايقة صاحب الدور الأعلى ولكنه الى حد ما ضرر لا يمكن تجنبه بسبب موقع العقارات بعضها من بعض وفى هذه الحدود يعتبر ضررا مألوفا لا يسأل مالك السفل عنه(١٦) •

على أن يراعى فى تقدير الضرر غير المألوف اعتبارات مختلفة منها كما سبق القول لعرف طبيعة العقارات ، وموقع كل منها بالنسبة للآخر ، والغرض الذى خصصت له •

العرف : والمقصود بذلك هو ما جرت به العادة بين الجيران فى مكان معين ، بحيث يعتبر الضرر مألوفا اذا جرت عادة الجيران فى هذا المكان على تحمله ، وبالعكس يعتبر الضرر غير مألوف اذا كانت العادة لم تجر بتقلبه أو التسامح بشأنه •

---

(١٥) انظر : أ•د• أحمد سلامة فى المرجع السابق ص ١١٩ ، قرب حسين عامر فى المرجع السابق ص ٢٥٥ •

(١٦) انظر : أ•د• جميل الشرقاوى فى الحقوق العينية الأصلية ج ١ ٧٥ ط ١٩٧٤ ، أ•د• منصور مصطفى منصور فى حق الملكية فى القانون المدنى المصرى ص ٢٥٦ ط ١٩٦٥ ، أ•د• حسن كيرة فى الحقوق العينية الأصلية ج ١ ص ٢٩٨ ط ١٩٥٨ •

فالنظــر الى العرف يؤدى الى التفرقة بين ظروف المكان وظرف الزمان فالعرف مثلا يقضى بأن ما يتحمله أهل الريف قد لا يتحمله أهل المدينة ٠ وكذلك جرى العرف فى الأعياد والمواسم وفى مناسبات مختلفة أن تشتد الحركة ويكثر الجلبى وبخاصة بين الصــبية الصــغار أو فى مناسبات الأفراح أو المــآتم أو الحفلات فكل هذه أضرار مألوفة لا يمكن تجنبها وعلى الجيران أن يتحملوها دون الرجوع على المالك(١٧) ٠

طبيعة العقارات : قد تفرق طبيعة العقارات بين الضرر المــألوف والضرر غير المألوف خصوصا مع النظر الى الحى الذى يوجد به العقار فالضجة التى يحدثها مالك أرض فضاء عند استعماله لها لا تعتبر ضررا غير مألوف اذا كان ما حولها أراضى فضــاء بخلاف ما اذا كان مبــانى سـكنية ٠ وما يعتبر ضررا غير مألوف فى حى سـكنى لا يعتبر كذلك فى حى صناعى ٠

موقع كل عقار بالنسبة للآخر : قد يحدد موقع كل عقار بالنســبة للآخر الضرر غير المألوف ٠ فتلاصق العقارات يوجب على أصحابها تحمل قدر من الأضرار ، لا يتعين على أصحاب العقارات غير الملاصقة تحملها ٠

فالحركة المحسوسة كدبيب الأقدام أو الدق فى المطبخ ضرر يجب أن يتحمله الجيران الملاصقون ، ولكن اذا كان الصوت يصل الى الجيران الأبعدين فانه يعتبر ضررا غير مألوف(١٨) ٠

الغرض الذى خصص له العقار : يجب أن يراعى فى تحديد الضرر غير المألوف الغرض الذى خصص له العقار فالعقــار المخصص لغرض

---

(١٧) انظر أ٠د٠ السنهورى فى الوسيط ج ٨ ص ٦٩٨ ، أ٠د٠ أحمد سلامة فى المرجع السابق ص ١١٩ ، أ٠د٠ عبد الناصر العطار فى المرجع السابق ص ٣٧ ، أ٠د٠ شنب فى المرجع السابق ص ٢٣٨ ٠

(١٨،١٩) انظر : أ٠د٠ شنب فى المرجع السابق ص ٢٣٨ ٠

يتطلب تحقيقه قدرا من الهدوء كالسكنى ، أو الاستشفاء ، غير العقار المخصص ليكون مصنعا أو مكتبا أو محلا تجاريا • فيعتبر الضرر غير مألوف اذا كان من شأنه أن يفوت على مالك العقار الغرض المقصود من استعماله ، مادام هذا الغرض عاديا مألوفا • وعلى ذلك فالضجة التى يحدثها ورشة قد تعتبر ضررا غير مألوف اذا كان العقار المجاور لها مخصصا للاستشفاء أو النقاهة وتعتبر ضررا مألوفا اذا كان هذا العقار مخصصا سكنا عاديا(١٩) •

وجملة القول فى ذلك أن الضرر الذى يوجب التعويض هو الضرر غير المألوف أو غير العادى ؛ على ألا ينظر فى تقدير صفته الى الضرر فى ذاته • والا لما أمكن على الاطلاق مساءلة أصحاب المصانع عن الأضرار التى تلحق الجيران من مصانعهم ، لأن الاستغلال الصناعى أصبح الآن ، أمرا عاديا أو مألوفا بل يراعى فى تقديره الظروف التى تحيط به •

الضرر غير المألوف أو غير العادى ، وهو الضرر الذى لم يعتد الجيران تحمله فى منطقة محدودة ووقت معين • ويمكن القول بناء على هذا ، بأن المالك الذى لا يستعمل حقه وفقا للظروف العادية التى تحيط بالعقار الذى يملكه فى العصر الذى يعيش فيه ، يلتزم بتعويض الضرر الذى يحدثه ، لأنه بالاستعمال غير العادى أو غير المألوف لحق الملكية ؛ يهدم التوازن القائم فى علاقاته بجيرانه ومن هنا يظهر القيد الذى فرضه القانون فى المادة ٨٠٧ على حق الملكية لمصلحة الجيران(٢٠) •

ويلاحظ أن الظروف الأربعة السابقة المذكورة فى القانون ليست واردة على سبيل الحصر ، بل هى مجرد أمثلة للاعتبارات الموضوعية

---

(٢٠) انظر : أ•د• محمود جمال الدين زكى فى المرجع السابق ص ٦٦ •

التى يجب مراعاتها فى تقدير اذا كان الضرر مألوفا أو غير مألوف ، لذلك يجوز الاعتداد باعتبارات وظروف أخرى كاعتبار مستغل المسرح مسئولا عن الضجة التى يحدثها رواد مسرحه فى ساعة متأخرة من الليل(٢١) .
كما أن ما يعتبر ضررا مألوفا فى حى صناعى أو تجارى قد يعتبر ضررا غير مألوف فى حى سكنى هادىء وعلى ذلك اذا فتح شخص محلا مقلقا للراحة كورشة نجارة أو حدادة فى حى صناعى فان الضرر الذى يصيب الجيران من جراء فتح هذا المحل يعتبر ضررا مألوفا ، فى حين أن هذه الضجة تعتبر ضررا غير مألوف اذا كان المحل قد فتح فى حى هادىء مخصص للسكنى(٢٢) .

والأمر فى تقدير كل هذا يرجع الى القاضى يقدره فى كل حالة على ضوء الظروف السابقة وبغير رقابة عليه من محكمة النقض(٢٣) الا أنه

---

(٢١) انظر : أ٠د٠ حسن كيرة فى المرجع السابق ص ١٤٨ أ٠د٠ شنب فى المرجع السابق ص ٢٣٩ ، أ٠د٠ عبد الناصر العطار فى المرجع السابق ص ٣٨ ، حسين عامر فى المرجع السابق ص ٢٥٦ .

(٢٢) انظر : أ٠د٠ شنب فى المرجع السابق ص ٢٣٩ ، أ٠د٠توفيق حسن فرج فى المرجع السابق ص ١٥٣ .

(٢٣) انظر : أ٠د٠ السنهورى فى المرجع السابق ص ٦٩٨ هامش (١) ، أ٠د٠ توفيق حسن فرج فى المرجع السابق ص ١٥٣،أ٠د٠عبدالناصر العطار فى المرجع السابق ص ٣٧ ، أ٠د٠ اسماعيل غانم فى المرجع السابق ص ١٣٢ ، أ٠د٠ حسن كيرة فى المرجع السابق ص ٣٢٥ ، أد٠٠ منصور مصطفى منصور فى المرجع السابق ص ٥٦ ، أ٠د٠ عبد المنعم فرج الصده فى حق الملكية ص ٩٣ ط سنة ١٩٦٤م أستاذنا الدكتور عبد الخالق حسن فى المرجع السابق ص ٣٣ ، وانظر أيضا نقض مدنى فى ١٩٦٩/٢/١٣ الطعن رقم ١٥ س ٣٥ ق مجموعة أحكام النقض السنة العشرون العدد الأول ص ٣١٧ رقم ٥١ حيث جاء فيه : « تقدير التعسف والغلو فى استعمال المالك لحقه هو من شئون محكمة الموضوع ، كما أن تقدير التعويض الجابر للضرر الناتج عن هذا التعسف هو مما تستقل به محكمة الموضوع متى كان القانون لا يلزمها باتباع معايير معينة فى شأنه » .

قد أثير فى هذا الصدد أمران : من ناحية أولى هل يختلف الضرر تبعا للأشخاص ، أى تبعا للظروف الخاصة بمن أصابه الضرر من الجيران ؟ ومن ناحية ثانية تثار فكرة الأسبقية فى الاستغلال فهل تعد الأسبقية فى الاستغلال مبررا لحماية محدث الضرر ؟

دور الظروف الشخصية فى تقدير الضرر :

اذا كان من المسلم به أن الضرر الذى يسأل عنه الشخص هو الضرر الذى يتجاوز الحد المألوف ، فان هذا الضرر يختلف من شخص الى آخر ، فالضوضاء التى لا أثر لها على شخص موفور الصحة أو تاجر يخلد فى منزله الى نوم عميق ، قد تكون غير محتملة لشخص عصبى المزاج تحرمه من النوم ، أو مشتغل بعمل عقلى تمنعه من التركيز فيه فالاستعداد الشخصى للجار ذو أثر على تحديد الضرر الذى يحدثه جاره ، فهل تجب مراعاته عند تقدير صفة الضرر ، واعتباره ضررا مألوفا على الجار أن يتحمله ، أم ضررا غير مألوف على من يحدثه الامتناع عنه ؟ الرأى منقسم فى مصر حول هذه الفكرة .

فأغلب الفقه(٢٤) يرى أن معيار الضرر غير المألوف معيار موضوعى لا معيار ذاتى بحيث ينظر فيه الى اعتبارات تتعلق بالزمان والمكان بصفة عامة ومن ثم فلا اعتبار للظروف الشخصية للجار سواء

(٢٤) انظر : أ.د. السنهورى فى الوسيط ج ٨ ص ٦٩٧ ، أ.د. عبد المنعم فرج الصدة فى المرجع السابق ص ٩٣ ، ٩٤ ، أ.د. حسن كيرة فى المرجع السابق ص ١٤٧ ، أ.د. أحمد سلامة فى المرجع السابق ص ١١٩ وما بعدها ، أ.د. اسماعيل غانم فى المرجع السابق ص ٦٢ ، أ.د. شنب فى المرجع السابق ص ٢٣٨ ، أستاذنا الدكتور عبد الخالق حسن فى المرجع السابق ص ٣٤ ، أ.د. طلبة وهبة فى المرجع السابق ص ٩١ ، أستاذنا الدكتور لاشين الغاياتى فى المرجع السابق ص ٨٦ -

تعلق امر بظروف استثنائية أم بظروف عادية « فلا اعتبار لحالة الجار الذاتية ، كأن يكون الجار مريضا أو منشغلا بأعمال تقتضى الهدوء التام فيزعج لأية حركة ولو كانت مألوفة وانما العبرة بحالة الشخص المعتاد وهو شخص من أوســاط الناس يزعجه ما يزعج الناس عادة ويتحمل ما جرى العرف بتحمله بين الجيران • فيقاس على هذا الشخص كل جار فيما يعد ضررا غير مألوف بالنسبة اليه ، ولو كان هذا الجار يحتمل أكثر مما يحتمل الشــخص المعتاد فيكون له الغنم ؛ أو كان يحتمل أقل مما يحتمل الشخص المعتاد فيكون عليه الغرم »(٢٥) •

وهذا هو الراجح فى نظرنا ويكفينا للتدليل على الموضوعية فى معيار الضرر غير المــألوف ما جاء بالمذكرة الايضاحية وأوردناه سلفا ويتعلق باعتبارات يتعين الاعتداد بها على حد قول المشرع الوضعى عند تقدير الضرر غير المــألوف وهى اعتبارات ينطلى عليها وصف الموضوعية دون سواه فقد أوجب النص الاعتداد بالعرف ، طبيعة العقارات ، موقع كل منها بالنسبة للآخر ، الغرض الذى خصصت له •

ويفرق بعض الفقه(٢٦) بين الظروف الشخصية العادية وهــذه تؤخذ فى الاعتبار عند تحديد الضرر غير المــألوف ــ والا لمــا تحققت الغاية التى قصدها الشارع كاملة ــ وبين الظروف الشخصية غير العادية

---

(٢٥) أ•د• السنهورى فى المرجع السابق ص ٦٩٧ •

(٢٦) انظر : أ•د• محمود جمــال الدين زكى فى المرجع الســابق ص ٦٨ ، ٦٩ ، أ•د• عبد المنعم البدراوى فى الحقوق العينية الأصــلية ص ١٢٦ ط سنة ١٩٥٦ ، أ•د• توفيق حسن فرج فى المرجع السابق ص ١٥٥ ، ١٥٧ ، أ•د• جميل الشرقاوى فى الحقوق العينية الأصلية ــ الكتاب الأول حق الملكية ص ٧٦ ط ١٩٧٤ ، أ•د• عبد الناصر العطار فى المرجع السابق ص ٣٨ ، حسين عامر فى المرجع السابق ص ٢٥٥ ، ٥٤١

وهذه لا عبرة بها في تحديد الضرر غير المألوف • فالضوضاء الخفيفة جدا التي لا يأبه لها الا مريض بأعصابه لا تعتبر ضررا غير مألوف ولو أحدثت به أزمات عصبية•ولكن الضوضاء التي تقلق المحامي في مكتبه تعتبر ضررا غير مألوف ولو كانت غير ملحوظة بالنسبة لغير المشتغل بعمل ذهني ، لأن القيام بأعمال عقلية يعتبر أمرا عاديا ، وللتاجر المذيعات أن يطالب بالتعويض جاره الذي يعطل بالآلات التي يديرها في ملكه استقبال الاذاعة ويعوقه عن بيع سلعته واو كان لا يتضرر من ذلك التاجر في أية سلعة أخرى لأن تجارة المذيعات تعتبر كذلك أمرا عاديا(٢٧).

أسبقية الاستغلال :

المسألة الأخرى التي تثار في هذا الصدد هي أسبقية الاستغلال • فلو فرضنا أن شخصا أقام مصنعا أو مدبغة أو ملهى أو محلا آخر مقلقا للراحة أو مضرا بالصحة أو خطرا في جهة نائية بمفرده،ثم امتد العمران الى هذه الجهة ، فهل يجوز لأصحاب المنازل التي جاورت المصنع أو هذه المحال أن يطلبوا التعويض عن الأضرار غير المألوفة التي تصيبهم من المصنع أو هذا المحل ؟

الذي يبدو أنه ليس لمالك المنزل أن يتضرر من استعمال جاره لملكه على النحو الذي يستعمل فيه ، ذلك أن هذا الاستعمال كان موجودا من قبل تحقق الجوار وقد ارتضى مالك المنزل الجوار رغم علمه بالاستعمال المخصص له ملك جاره •

---

(٢٧) انظر في هذه الأمثلة : أ•د• محمود جمال الدين زكي في المرجع السابق ص ٦٨ •

وبهذا قال فقهاء الحنفية(٢٨) ولذلك نص قدرى باشا رحمه الله فى كتابه مرشد الحيران فى المادة ٦٣ على أنه :

« ان كان لأحد دار يتصرف فيها تصرفا مشروعا ، فأحدث غيره بجواره بناء مجددا ، فليس للمحدث أن يتضرر من شبابيك الدار القديمة ولو كانت مطلة على مقر نسائه ، بل هو الذى يلزمه دفع الضرر عن نفسه » .

وعلى مذهب الحنفية سارت المذكرة الايضاحية حيث قالت : « أما اذا كان المحل المقلق للراحة هو القديم ، وقد وجد فى ناحية مناسبة له، ثم استحدث بعد ذلك بجواره بناء للسكنى الهادئة فليس لصاحب هذا البناء أن يتضرر من مجاورة المحل المقلق للراحة ، بل هو الذى يلزمه دفع الضرر عن نفسه .. »(٢٩) وهذا ما ردده بعض فقهاء القانون فى مصر(٣٠) .

بيد أن الفقه الوضعى فى مجموعه لم يوافق على ما سبق من هذه الصورة المطلقة ، لأن مقتضى التسليم بذلك يؤدى الى أن المالك الذى يسبق غيره فى اختيار نوع من أنواع الاستعمال ، يستطيع أن يفرض هذا الاستعمال على من يأتى بعده من الملاك دون أن يكون لهم الرجوع

---

(٢٨) انظر : فتح القدير لابن الهمام جـ ٥ ص ٥٠٦ ط مصطفى محمد سنة ١٣٥٦هـ ، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعى جـ ٤ ص ١٩٦ ط ط أولى بولاق سنة ١٣١٤هـ ، حاشية ابن عابدين جـ ٤ ص ٣٠٥ ، ٥٠١ ط ١٣٢٤هـ ، حاشية ابن عابدين جـ ٤ ٣٠٥ ، ٥٠١ ط سنة ١٣٢٤ هـ وانظر من الفقهاء المحدثين فضيلة الشيخ على قراعة فى دروس فى المعاملات الشرعية ص ٢٣ مطبعة الفتوح .

(٢٩) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٦ ص ٣٣ .

(٣٠) انظر : أ٠د٠ السنهورى فى الوسيط جـ ٨ ص ٧٠٠ ، ٧٠١

عليه بسبب ما يلحقهم من أضرار غير مألوفة أو بعبارة أخرى فان الأخذ بهذه الصـــورة المطلقـــة يؤدى الى أن يكون للبـــادىء فى الامتـــلاك أو الاســـتغلال الحق فى فرض ارادته على الجـــيران الطارئين وذلك باجبارهم اما على القيام بنوع معين من الاستغلال يتلاءم مع استغلاله واما على تحمل الأضرار غير المألوفة الناشئة عن استغلال المصـــنع اذا اختاروا بناء أماكن للسكنى(٣١) •

ولذا فان الغالبية العظمى من فقهاء(٣٢) القانون يذهبون الى أن الأســـبقية وحدها لا يترتب عليها حرمان الجـــار من الحـــق فى طلب التعويض الا أن تكون أسبقية جماعية ، لا لفرد ولا لأفراد قلائل بحيث تصبغ الحى بطابع معين ، فيوصف مثلا بأنه حى صناعى فعندئذ تحول هذه الأســـبقية الجماعية بين من يأتى بعد ذلك من الجيران وبين طلب التعويض • ويستند هذا الرأى الى أن الأسبقية الجماعية تجعل الضرر الناتج عن المصنع لصاحب المسكن الذى استحدث بعد ذلك ضررا مألوفا

---

(٣١) انظر : أ•د• شنب فى المرجع السابق ص ٢٤٠ ، أ•د• جمال الدين زكى فى المرجع السابق ص ٧٠ ، أ•د• أحمـــد ســـلامة فى المرجع السابق ص ١٢٣ ، أ•د• اسماعيل غانم فى المرجع السابق ص ١٣٤،١٣٥

(٣٢) انظـــر : أ•د• الســـنهورى فى الوســـيط ج ٨ ص ٧٠٢ ، أ•د• اسماعيل غانم فى المرجع السابق ص ١٣٥ ، أ•د• حسن كيرة فى المرجع السابق ص ٢٣٢٩ ، أ•د• محمد على عرفة فى حق الملكية ص ٢٤٧ ط ثالثة سنة ١٩٥٤ ، أ•د• منصور مصطفى منصور فى المرجع السابق ص ٥٩ ، أ•د• عبد المنعم فرج الصدة فى المرجع السابق ص ٩٤ ، ٩٥، أ• مصطفى جمال فى نظام الملـــكية ص ١١٦ ، ١١٧ ط ١ ســـنة ١٩٦٨ ، أ•د• شنب فى المرجع السابق ص ٢٤٠ ، أ•د• طلبة وهبة فى المرجع السابق ص ٩٢ ، أستاذنا الدكتور عبد الخالق حسن فى المرجع السابق ص ٣٥ ، أ•د• أحمدسلامة فى المرجع السابق ص ١٢٣ •

له بخلاف ما اذا لم تكن هذه الأسبقية جماعية وأصبح الحى سكنيا فان الضرر عندئذ سيكون غير مألوف • وعلى ذلك اذا امتد العمران الى منطقة جديدة ، ربدأ الناس يشترون أراضى هذه المنطقة ، ويخصصونها لاقامة مصانع ومعامل ومخازن ، حتى اصطبغ هذا الحى بالصفةالصناعية فليس لمن يأتى بعد ذلك ويقيم مسكنا فى وسط هذا الحى أن يتضرر من الضجة أو من الدخان أو من الروائح التى تنبعث من أملاك الجيران ، لأن هذه الأضرار تعتبر مألوفة فى مثل هذا الحى •

بيد أن هذا الرأى محل نظر(٣٣) • لأن صاحب المصنع مثلا لا يفرض ارادته على مستقبل الحى ، فلغيره أن يبنى حوله مساكن على أن يتحمل هذا الغير أضرار المصنع القديم التى كانت تحدث وقت انشاء هذه المساكن ، فصاحب المصنع لا يجبر غيره على اقامة مصانع حوله وانما هو فقط لا يسأل عن الأضرار الناشئة عن مصنعه عند اقامة هذه المساكن • كما أن عبارة « فى ناحية مناسبة له » التى وردت بالمذكرة الايضاحية والتى استند اليها جمهور فقهاء القانون الوضعى فى القول بأن هذه العبارة تعنى وجد فى حى مناسب أى أن الأسبقية فى القدم لا تكفى وحدها بل يجب أن تكون أسبقية جماعية • هذه العبارة لا تعنى الحى المناسب وانما تعنى المكان المناسب وقد يكون هذا المكان أرض فضاء لم يسبق اليها صاحب المصنع وبالتالى تكفى الأسبقية وحدها دون اشتراط أن تكون هذه الأسبقية جماعية • والعمل بالأسبقية الجماعية تقتضى اما تأجيل الفصل فى النزاع حتى تتضح الصورة التى سيكون عليها الحى ويصطبغ بها ، وهو أمر غير مقبول ، أو يقتضى التفرقة بين الجيران بغير مبرر ، فمن بنى منهم مسكنا قبل أن يصطبغ الحى بصبغة معينة يستحق تعويضا باعتبار أن الضرر غير مألوف لأن الأسبقية فردية أو لأفراد قلائل ، ومن بنى بعد أن اصطبغ الحى بصبغة معينة

---

(٣٣) انظر : أ٠د٠ عبد الناصر العطار فى المرجع السابق ص ٤٠

لا يستحق تعويضا باعتبار أن الضرر مألوف لأن الأسبقية جماعية • هذا فضلا عن أن العمل بفكرة الأسبقية الجماعية يوجد الصعوبات أمام حركة التصنيع لأنه سيجبر من يفكر فى اقامة مصنع على اقامته فى منطقة مصانع وقد يتعذر عليه ذلك ، فاذا اختاره فى منطقة بعيدة عن العمران خشى أن يمتد العمران اليها ، وقد لا يقره القاضى على زعمه بأنه بنى مصنعه فى « ناحية مناسبة » •

فضلا عن هذا فانه لا يجوز الاستناد الى ما ورد فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى أيضا ، لأن ما ورد فيها اجتهادا لواضعيها لا يلزم الفقيه أو القاضى(٣٤) •

ويأخذ بعض الفقهاء(٣٥) بالرأى السابق اذا كانت طبيعة الحى قد تحددت ، فاذا لم تكن قد تحددت بصورة واضحة فيأخذ بفكرة الأسبقية مع مراعاة ظروف كل حالة •

وهناك رأى(٣٦) يذهب الى التفرقة بين ما اذا كان المصنع يجاوره أرض فضاء أو مبانى سكنية ، ففى الحالة الأولى لا تعويض باعتبار أن ثمن الأرض الفضاء روعى فيه مجاورتها للمصنع بخلاف الحالة الثانية •

وانتقد هذا الرأى على أساس أنه يؤدى الى أن المالك الأصلى للأرض ــ وهو الذى باعها للمشترى ــ يكون هو الذى تحمل الخسارة

---

(٣٤) انظر : أ•د• محمودجمال الدين زكى فى المرجع السابق ص٧٠

(٣٥) انظر أ•د• توفيق فرج فى المرجع السابق ص ١٥٨ ، ١٥٩.

(٣٦) انظر : أ•د• عبد المنعم البدراوى فى الحقوق العينية الأصلية ط ثانية سنة ١٩٥٦ •

دون أن يراجع على صاحب المصنع ، مع أن المصنع لا حق لوجود الأرض ، فكان الواجب أن يرجع المالك للأرض على صاحب المصنع بالتعويض عن الضرر غير المألوف(٣٧) •

والرأى الذى نرجحه هو ما يراه البعض من الفقهاء(٣٨) من أن أسبقية الاستغلال تعفى صاحبها من المسئولية عن الأضرار الناشئة عنها وقت استغلال الجيران لأراضيهم • فمن أقام مسكنا بجوار مصنع ينتج عنه ضوضاء ودخان ، فليس له أن يطالب بتعويض عن الأضرار الناتجة عن هذا المصنع وقت اقامة المسكن ، حتى لو انتشرت المساكن فى الحى بعد ذلك وأصبح حيا سكنيا ، لأن الأضرار الناشئة عن المصنع تعتبر مألوفة لكل من يبنى حوله ، ولأن الجار الطارىء ليس له أن يتأذى من المصنع بعد أن تخير مكان مسكنه بجواره وكان يلزمه دفع الضرر عن نفسه•على أن الاضرار غير المألوفة التى قد تنشأ عن المصنع بعد اقامة المساكن ولم تكن موجودة وقت اقامة هذه المساكن يسأل صاحب المصنع عنها ، لأنها مستحدثة بعد السكنى •

الترخيص الادارى لا يعفى المالك من المسئولية المدنية :

قد يحصل مالك المحل المقلق للراحة أو المضر بالصحة أو الخطر على رخصة ادارية بادارة محله ، ولكن هذه الرخصة لا تمنع من أن يعتبر الجار الضرر الذى يصيبه من جوار هذا المحل ضررا غير مألوف ويطلب التعويض عنه • فالرخصة الادارية تعفى صاحب المحل من المسئولية الجنائية فقط ولكن لا شأن لها بعلاقة الجيران بعضهم مع بعض فاذا وقع ضرر غير مألوف من محل مرخص له اداريا لم يمنع

---

(٣٧) انظر : أ•د• السنهورى فى الوسيط جـ٨ ص ٧٠١ ، ٧٠٢ بالهامش •

(٣٨) انظر : أ•د• عبد الناصر العطار فى المرجع السابق ص ٤١ ، وقرب أ•د• محمود جمال الدين زكى فى المرجع السابق ص ٧٠ ، ٧١

هذا الترخيص الجار المضرور من الرجوع على مالك المحل اذ أن التصريح بادارة المحل لا يعنى اطلاقا الافتئات على حقوق الغير(٣٩) • وعدم اعفاء الترخيص للمالك من المساءلة المدنية أمر لا ينازع فيه أحد من الفقه المصرى(٤٠).فهو يستند الى صريح نص المادة ٨٠٧ مدنى •

المبحث الثانى : أساس مسئولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة

المطلب الأول : أساس مسئولية المالك فى الفقه الاسلامى :

من الأمور المسلمة أن الشريعة الاسلامية موضوعة لصالح العباد على الاطلاق ، فان قصد الشارع من المكلف أن يكون قصده فى العمل ، موافقا لقصد التشريع • ولما كان الشارع المحافظة على الضروريات وما يرجع اليها من الحاجيات ، وهو عين ما كلفه العبد ، فلابد أن يكون مطلوبا بالقصد الى ذلك(١) •

وعلى هذا فان من يرمى فى تكاليف الشريعة الى غير ما وضعت له، فقد ناقضها ، وعمله بالحكم باطل •

---

(٣٩) انظر : حسن عامر السابق ص ٢٧٠ •

(٤٠) انظر : أ•د• السنهورى السابق ص ٦٩٩ ، أ•د• جمال الدين زكى السابق ص ٧١ ، أ•د• أحمد سلامة السابق ص ١١٦ ، أ•د• منصور مصطفى السابق ص ٢٦٠ ، أ•د• حسن كيرة السابق ص ٣٠٣ ، ٣٠٤ أ•د• اسماعيل غانم السابق ص ١١٠ ، أ•د• توفيق فرج السابق ص١٦٢ أ•د• شنب السابق ص ٢٤١ ، أ•د• عبد الناصر العطار السابق ص ٣٩ أستاذنا الدكتور عبد الخالق حسن السابق ص ٣٥ ، ٣٦ ، أ•د• طلبة وهبة السابق ص ١٠٣ ، أستاذنا الدكتور لاشين الشاياتى السابق ص ٨٨ ، ٨٩ •

(١) الموافقات للشاطبى جـ ٢ ص ٢٠٧ •

وان ما تهدف اليه الشريعة ، هو تحقيق مصالح ودرء المفاسد • وان أحكامها فى هذا جميعا ، مبناها العدل والاحسان • لقد أمر الله تعالى بالعدل والاحسان فى المعاملات فى قوله عز وجل : « ان الله يأمر بالعدل والاحسان »(٢) وقوله تعالى : « وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة »(٣) وقوله تعالى : « ولا تنسوا الفضل بينكم »(٤) وعن الرسول صلى الله عليه وسلم وهو يوصى معاذ بن جبل : « أوصيك بتقوى الله وصدق الحديث ، ووفاء العهد ، وأداء الأمانة ، وترك الخيانة ، وحفظ الجار ، ورحمة اليتيم ولين الكلام وبذل السلام وخفض الجناح »(٥) وقوله عليه السلام : « لا يؤمن عبد حتى يأمن جاره بوائقه »(٦) •

والمطالع لكتاب الله وسنة رسوله عليه السلام والنصوص الفقهية يجد أساس مسئولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة واضحا جليا ، حيث تعتبر الشريعة الاسلامية الضرر الذى يصيب الجار جريمة دينية وخلقية فضلا عن وجوب ازالة الضرر والتعويض عنه شرعا •

ومن الأحاديث التى تدل على وجوب الضمان عموما والشاملة لكل ضرر يقع قوله صلى الله عليه وسلم : « لا ضرر ولا ضرار »(٧) وقد

---

(٢) سورة النحل الآية ٩٠ •

(٣) سورة البقرة الآية ٢٨٠ •

(٤) سورة البقرة الآية ٢٣٧ •

(٥) احياء علوم الدين للغزالى ج ٢ ص ١٧٤ ط سنة ١٣٥٢هـ •

(٦) المرجع السابق ص ١٨٩ •

(٧) رواه أحمد وابن ماجه • الفتح الكبير فى ضم الزيادة الى الجامع الصغير ليوسف بن اسماعيل النبهاوى ج ٣ ص ٣٤٦ ط ١٣٥٠هـ مصطفى الحلبى ، سنن ابن ماجة ج ٢ ص ٧٨٤ تحقيق محمد فؤاد عبد الباقى ط ١ سنة ١٣٧٢هـ ـ ١٩٥٢م دار احياء الكتب العربية عيسى الحلبى •

وضع الفقهاء بناء على هذا الحديث قاعدة « الضرر يزال »(٨) فهذه القاعدة مما اتفق عليها الكل ولا خلاف فيها ، بل يمكن أن يقال انها مسلمة بين جميع فرق المسلمين ، وربما يقال انها من ضروريات الدين(٩)

فالشريعة الاسلامية تمنع الضرر بأية صورة من الصور كما هو نص حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو قوله : « لا ضرار ولا ضرر » ففي هذا الحديث الشريف ـ كما يقول الشوكاني ـ : « دليل على تحريم الضرار على أي صفة كان من غير فرق بين الجار وغيره ، فلا يجوز في صورة من الصور الا بدليل يخص هذا العموم ، فعليك بمطالبة من جوز المضارة في بعض الصور بالدليل ، فان جاء به قبلته ، والا ضربت بهذا الحديث وجهه فانه قاعدة من قواعد الدين تشهد له كليات وجزئيات »(١٠) وروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أيضا أنه قال : « من ضار أضر الله به ومن شاق شاق الله عليه »(١١) .

هذا وقد اختلف العلماء في معنى كل من الضرر والضرار . فمن العلماء من يرى أن الضرر والضرار بمعنى واحد وأن الجمع بينهما للتأكيد ومن العلماء من يذهب الى أن الضرر ابتداء الفعل والضرار الجزاء عليه ، وقيل الضرر فعل الواحد والضرار فعل الاثنين ، وقيل

---

(٨) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٨٥ تحقيق عبد العزيز محمد الوكيل ط ١ سنة ١٣٨٧هـ ـ ١٩٦٨م ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨٣ ط مصطفى الحلبي طبعة أخيرة سنة ١٣٧٨هـ ـ ١٩٥٩م .

(٩) القواعد الفقهية لميرزا حسن الموسوي ج ٢ ص ١٧ مطبعة الآداب في النجف الأشرف سنة ١٣٨٩هـ ـ ١٩٦٩م .

(١٠) نيل الأوطار للشوكاني ج ٥ ص ٢٥٩ ، ٢٦١ المجلد الثالث الناشر مكتبة دار التراث .

(١١) المرجع السابق في نفس الموضع .

لا يضر الرجل أخاه فينقصه شيئا من حقه ، ولا يجــازيه على اضراره بادخال الضرر عليه . وقيل الأول الحاق مفسدة بغيره مطلقا والثانى الحاق مفسده بغيره على وجه المقــابلة . وقيل الضرر ما ينفعك ويضر صاحبك والضرار ما يضر صــاحبك ولا ينفعك وهذا وجه حســن فى الحــديث رجحه طائفــة منهم ابن عبــد البر وابن الصــلاح وقيل غير ذلك(١٢) .

المطلب الثانى : أساس مسئولية المالك فى القانون المدنى(١٣) :

أن يثور خلاف فقهى حول مسئولية المــالك وقد غلا فى استعمال حق الملــكية هو أمر يكون مفهوما حال عدم وجود نص تشريعى بهذه

---

(١٢) انظر : المنتقى للباجى ج ٦ ص ٤٣١ ، تبصرة الحكام ج ٢ ص ٢٣٥ ، ابن عابدين ج٥ ص ٥٢١ ، حاشية الشلبى على تبيين الحقائق ج ٦ ص ١٤٢ ، حاشية الشيخ محمد بن عمر أبو سنة القصبى على كتاب الايضاح ج ٦ ص ٢٦٢ ، ٢٦٣ ط وزارة التراث القومى والثقافة بسلطنة عمان ، سبل السلام للصنعانى ج ٣ ص ١٢٧ ط مصطفى الحلبى ، نيل الأوطار للشوكانى ج ٥ ص ٢٦١ ، فتح المبين ص ٢٣٧ ، جامع العلوم والحكم ص ٢٦٧ ، فيض القدير للمناوى ج٦ ص ٤٣١ ط أولى سنة ١٣٥٦هـ ــ ١٩٣٨م مصطفى محمد .

(١٣) راجع فى أساس المسئولية عن مضار الجوار : أ٠د٠السنهورى فى الوسيط ج ٨ ص ٧٠٢ وما بعدها ، أ٠د٠ اسماعيل غانم فى المرجع السابق ص ١٣١ ، أ٠د٠ حســن كيرة فى المرجــع الســابق ص ٣٢٠ ، أ٠د٠ شفيق شحاته فى النظرية العامة للحق العينى ص ٨٧ ط سنة١٩٥١ أ٠د٠ أحمد سلامة فى المرجع السابق ص ١١١ وما بعدها ، أ٠د٠ منصور مصطفى منصور فى المرجع السابق ص٦٣ ، ٦٤ أ٠د٠ عبد المنعم فرج فى المرجع السابق ص ٩٢ ، أ٠د٠ نزيه صادق المهدى فى الملكية فى النظام الاشتراكى ص ٦٧٤ ط ســنة ١٩٧١ ، أ٠د٠ محمد على عرفة فى المرجع

=

المسئولية عن الغلو وهو الحال فى فرنسا ، اذ التقنين المدنى الفرنسى قد جاء خلوا من نص يماثل فى الحكم نص المادة ٨٠٧ من التقنين المدنى المصرى ، والحال فى مصر ، على ما هو واضح قاطع بوجود هذا النص ولا مجال لأى خلاف اللهم الا بصدد تأصيل هذا النص ورده الى وجه معين من أوجه المسئولية(١٤) .

تأصيل مسئولية المالك فى القانون المدنى المصرى :

اختلف الفقه المصرى حول تكييف الرجوع وبيان صلته بالأنظمة القانونية الأخرى وذلك على ثلاثة آراء :

الرأى الأول :

ذهب بعض شراح القانون المدنى المصرى(١٥) الى أن مسئولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة انما ترجع الى نظرية التعسف فى استعمال الحق ، فالمالك الذى يلحق بجاره ضررا غير مألوف يكون متعسفا فى استعمال حق ملكيته ؛ قائلين أن المادة ٨٠٧ مدنى تضيف معيارا جديدا لمعايير التعسف المنصوص عليها فى المادة الخامسة من القانون المدنى وهى :

١ - اذا لم يقصد بفعله سوى الاضرار بالغير .

السابق ص ٢٤٤ ، ٢٤٥ ، أ.د. توفيق حسن فرج فى المرجع السابق ص ١٤٨ ، ١٤٩ ، أ.د. طلبة وهبة فى المرجع السابق ص ٩٣ وما بعدها الأستاذ حسين عامر فى المرجع السابق ص ٢٥٣ وما بعدها .

(١٤) انظر : أ.د. طلبة وهبة السابق ص ٩٣ .

(١٥) انظر : أ.د. حسن كيرة فى المرجع السابق ص ٣٢٠ . أ.د. منصور مصطفى منصور فى المرجع السابق ص ٦٣ ، ٦٤ ، حسين عامر السابق ص ٢٥٤ .

٢ ـ اذا كانت المصالح التى يرمى الى تحقيقهـا قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها •

٣ ـ اذا كانت المصالح التى يرمى الى تحقيقها غير مشروعة •

وفى ذلك يقول بعض أصحاب هذا الرأى بصـدد معايير التعسف فى استعمال الحق : « فكل المعايير التى وضعها الفقهاء أو تشـير اليها القوانين ، لم ترد على سبيل الحصر ، بل هى للاسترشاد بها والقياس عليها • ولقد أشار القانون المدنى بالفقرة الثانية من المـادة ٨٠٧ الى معيار تجاوز الضرر عن الحد المـألوف فى شأن مضار الجوار • وليس ثمت ما يمنع القضاء ـ ان أمكن ـ من استنباط معايير أخرى،حسبما تستلزمه وقائع ومناسبات ما يطرح عليه من منازعات • وكذلك لسنا نرى أن مضار الجوار فى القانون المدنى تخرج عن نطاق نظرية التعسف فى استعمال الحق ، اذ لو كان الأمر كذلك فماذا عساها أن تكون • واذا كان الضرر الفاحش خروجا عن حـدود الحق ، فان هـذا الخروج هو العسف بعينه أو هو صورة من الصور العـديدة التى تقع بها اساءة استعمال الحق »(١٦) بل لقد ذهب البعض(١٧) الى اعتبار المـادة ٨٠٧ مدنى تطبيقا بالذات للفقرة (ب) من المادة الخامسة التى تقول ان استعمال الحق يكون غير مشروع اذا كانت المصـالح التى يرمى الى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها • وواضح أن هذا التحديد الأخير محل نظر كبير• فمسئولية الجار تحقق حتى ولو كان الضرر الذى عاد على الجار قليلا لا يتناسب مع ما يجنيه المـالك من نفع كبير(١٨) •

---

(١٦) الأستاذ حسين عامر فى المرجع السابق ص ٢٥٤ •
(١٧) انظر : أ•د• محمدعلى عرفة فى المرجع السابق ص٢٤٦
(١٨) انظر : أ•د• أحمد سلامة فى المرجع السابق ص ١١٣ •

نقد هـذا الرأى :

أول ما يؤخذ على هذا الرأى أن صـور التعسف التى وردت فى المـادة الخامسـة من القانون المدنى المصرى ، لا يمكن أن تستجيب اسئولية المالك عن الغلو فى استعمال حق الملكية ، اذ المـالك وقد غالى فانه يستعمل حق الملكية دون أن يتعمـد الاضرار بالجار ؛ كمـا أنه لا يمكن القول بأن المصالح التى يرمى الى تحقيقها من وراء استعماله لحق الملكية لا تتناسب البتة مع ما يصيب الجار من ضرر بسببها ، وكذلك لا يمكن أن يقال بأن المصالح التى يرمى الى تحقيقها من وراء هـذا الاستعمال غير مشروعة • ولكن الذى يقال فى هذه الحالة أن المالك وقد غالى انما قصد بذلك تحقيق مصلحة جدية ومشروعة ولها أهميتها التى تفوق الضرر •

وخلاصة ذلك أن للتعسف صورا ينبغى ألا نتعـداها وهى صور لا تندرج تحتها حالة المسئولية عن المضار غير المـألوفة(١٩) •

وبالاضافة الى ما تقدم وحتى على فرض التسليم بما جاء بهـذا الرأى السابق ، فان ذلك يؤدى الى خلط فى الأمور ما كان ينبغى(٢٠)، وكل حالة منهما تختلف من زاوية جسامةالضرر الموجب للجبر بالتعويض• اذ لا جبرية الا للضرر غير المألوف وهو ضرر فاحش فى نطاق مسئولية المالك على أساس المادة ٨٠٧ مدنى بينما يمكن جبر الضرر بتعويضـه مهما كان ضئيلا فى اطار فكرة التعسف•ومادامت الأمور كذلك ، فكيف السبيل الى جبر الضرر غير المألوف على أساس فكرة التعسف فى استعمال الحق ؟ سؤال يبقى على الرغم من كل ما تقدم بحاجة الى اجابة • ان

---

(١٩) انظـر : أ•د• السـنهورى فى الوسـيط ج ٨ ص ٧٠٥ ، أ•د• اسماعيل غانم فى المرجع السابق ص١٣١ هامش (١) •

(٢٠) انظر : أ•د• طلبة وهبة فى المرجع السابق ص ١٠٠•

هذا الاتجاه يؤدى الى توسيع دائرة التعسف فى استعمال الحق ويضفى عليها قدرا من الغموض وعدم التحديد تصبح معه غير واضحة ويستحيل الوقوف مقدما على معيار يسعف فى التعرف عليها •

الرأى الثانى :

يرى بعض الفقهاء أن هذا الخلاف ليس له أهمية عملية فى القانون المدنى المصرى الحالى ، نظرا لوجود هذا النص الصريح على عدم الغلو فى استعمال المالك لملكه • مع ملاحظة أن التعسف فى استعمال الحق يعتبر وفقا للرأى الراجح صورة من صور الخطأ التقصيرى(٢١) •

فالغلو بطبيعته هنا يعتبر خروجا عن حدود هذا الحق ، والخطأ كما هو أساس لمنع التعسف يعتبر أيضا أساسا لمنع الغلو فى استعمال الحق • وبناء على ما سبق فلا أهمية لتحديد ما اذا كان الغلو فى استعمال الملكية خروجا عن حدود هذا الحق أو تعسفا فى استعماله لأن أساس المسئولية فى كلتا الحالتين واحد وهو الخطأ •

الرأى الثالث :

ذهب جمهور الفقه المصرى(٢٢) الى أن مسئولية المالك عن الغلو

---

(٢١) انظر : أ•د• جميل الشرقاوى فى المرجع السابق ص ٩٦ ، أ•د• سليمان مرقس فى شرح القانون المدنى ج ٢ فى الالتزامات ص ٣٥٣ ط ١٩٦٤ ، أ•د• محمد لبيب شنب فى المرجع السابق ص ٢٢٦ هامش (١٤) ، أ•د• عبد الناصر العطار فى المرجع السابق ص ٣٦ هامش (١) •

(٢٢) انظر : أ•د• السنهورى فى الوسيط ج ٨ ص ٧٠٧ ، أ•د• شفيق شحاته فى المرجع السابق ص ٨٦ ، ٨٧ ، أ•د• أحمد سلامة فى المرجع السابق ص ١١٤ ، ١١٥ ، أ•د• اسماعيل غانم فى المرجع السابق ص ١٣١ ، أ•د• عبد المنعم البدراوى فى المرجع السابق ص ١٠٩ وما بعدها ، أ•د• عبد المنعم فرج الصدة فى المرجع السابق ص ٩٢•

فى استعمال فى ملكه أصبحت واضحة المعالم طبقا لنص المادة ٨٠٧، فلا داعى للاختلاف فى ظل القانون المدنى الجديد فالمسئولية هنا قائمة على أساس أن الغلو فى استعمال حق الملكية هو خطأ باعتبار أن المادة ٨٠٧ مدنى تنشىء التزاما قانونيا على المالك بعدم الاضرار بالجار ضررا غير مألوف أو تورد قيدا على حق الملكية هو ألا يغلو المالك فى استعمال هذا الحق .

غير أن الحال لا يخلو من أمرين :

الأمر الأول : اذا قلنا ان نص المادة ٨٠٧ مدنى ينشىء التزاما قانونيا فى جانب المالك بعدم اصابة الجار بضرر غير مألوف ، قامت مسئولية المالك فى هذا القول على أخلال المالك بهذا الألتزام القانونى فوجب عليه التعويض . ويكون المالك الذى ألحق بجاره ضررا غير مألوف قد خرق التزامه القانونى ، فخالف القانون المعتاد . وهنا لم ينحرف المالك عن هذا السلوك . فهو مسئول ، لا لأنه ارتكب خطأ، بل لأنه يتحمل تبعة نشاطه فهو الذى يفيد من استعماله لملكه استعمالا استثنائيا ، فمن العدل أن يتحمل تبعة هذا الاستعمال ، والغرم بالغنم(٢٣) .

غير أن هذا القول كما يرى بعض الفقهاء(٢٤) بحق يحتوى على نوع من المصادرة على المطلوب . فهو قد بدأ من اعتبار المالك لم يخطىء مع أن المطلوب اثباته هو هل أخطأ أو لم يخطىء ؟ وليس بمانع من

أ.د. محمد جمال الدين زكى فى المرجع السابق ص ٧١ ، أ.د. توفيق حسن فرج فى المرجع السابق ص ١٤٩ ، أ.د. طلبة وهبة السابق ص ١٠٠ ، أ.د. شنب فى المرجع السابق ص ٢٣٦ .

(٢٣) انظر : أ.د. السنهورى فى الوسيط جـ ٨ ص ٧٠٧ .

(٢٤) انظر أ.د. أحمد سلامة السابق ص ١١٥ .

الخطأ أن يكون المالك لم يشذ عن مسلك الرجل المعتاد • فمعيار الرجل المعتاد انما يرجع اليه عند عدم وجود نص يحرم مسلكا معينا • أما عند وجود هذا النص فان هذا المسلك يعتبر خطأ حتى ولو كان لا ينطوى على أى شذوذ بالنسبة لمسلك الرجل المعتاد ، اذ نكون بصـــدد التزام قانونى يعتبر مجرد الاخلال به خطأ • ويكون هذا الالتزام ببلوغ غاية لا ببذل عناية ، بمعنى أن المالك يحاسب على الضرر غير المألوف بمجرد وقوعه ، ولا يعصمه من المسئولية اثبات أنه بذل العناية الواجبة لتوقى هذا الضرر فلم يفلح • ليس بمانع من هـــذا الخطأ أيضا أن المـــالك لا يحاسب على الأضرار المألوفة • فالنص الصريح قد أعفاه من المسئولية عنها • واذا كان الأمر كذلك فاننا نفضل مع البعض الصياغة الثـــانية والتى سنذكرها حالا فى الأمر الثانى •

الأمر الثانى :

نفضل مع البعض(٣٥) أن المـــادة ٨٠٧ مدنى تتضمن قيدا على استعمال حق الملكية مؤداه امتناع المالك عن الغلو فى هذا الاســـتعمال بصورة تلحق بالجار ضررا غير مألوف • فهى مسئولية يمليها التضامن الاجتماعى بين الجيران وتتأسس على أن الغلو خروج على حدود الحق مما يعد خطأ تقصيريا يوجب المسئولية •

---

(٣٥) انظر : أ•د• أحمد سلامة فى المرجع السابق ص ١١٥ ، ١١٧. أ•د• اسماعيل غانم السابق ص ١٣١ ، أ•د• عبد المنعم البدراوى السابق ص ١٠٩ ، أ•د• شفيق شحاتة السابق ص ٨٦ ، ٨٧ ، أ•د• عبد المنعم فرج الصدة السابق ص ٩٠ ، ٩١ أ•د• محمود جمال الدين زكى السابق ص ٧١ ، أ•د• توفيق فرج السابق ص ١٤٩ ، أ•د• طلبة وهبة السابق ص ١٠٠ •

المبحث الثالث : الجزاء المترتب على الغلو

المطلب الأول : الجزاء المترتب على الغلو فى الفقه الاسلامى :

ازالة الضرر الفاحش : (التنفيذ العينى) :

لا شك فى أنه ليس للجار أن يرجع على جاره فى مضـــار الجوار المألوفة ، والا غلت أيدى الملاك عن استعمال حقوقهم كما سبق القول. وانما للجار أن يرجع فقط فى حالة المضار غير المألوفة أى الفاحشة متى توافرت الشروط السالف ذكرها ويكون للجار فى هذه الحالة أن يطلب ازالة هذه المضار .

وقد نصت المادة ٦٠ من مرشد الحيران على أنه : « يزال الضرر الفاحش سواء كان قديما أو حادثا » ولا تعنى ازالة المضـــار ، ازالة المنشآت . فقد تقضى المحكمة بازالة المضار التى تترتب للجيران عن طريق أمر المالك المسئول باجراء تعديل يؤدى الى ازالة الضرر ، مثل تعلية المدخنة أو توجيه فوهتها وجهة أخرى ، أو نقل بعض الآلات من مكانها ، أو وضع عوازل للصوت ، أو أى اجراء من شـــأنه منع الضرر فمثل هذه الحلول تقبلها الشريعة الاسلامية(١) .

وقد لا يكون هناك من سبيل سوى ازالة مصدر الضرر بصـــورة نهائية مثل غلق المصنع مثلا . أى أنه لا يمكن تلافى الضرر سوى بازالة مصدره ففى هذه الحالة يجبر المالك على الازالة .

---

(١) انظر : قرب هذا المعنى أ٠د٠ محمد الحسينى حنفى فى المدخل لدراسة الفقه الاسلامى ص ١٨٩ ط رابعة سنة ١٩٨١ دار النهضة العربية أ٠د٠ توفيق حسن فرج السابق ص ١٦٠ ، أ٠د٠ نصر فريد واصل فى المدخل الوسيط لدراسة الشريعة الاسـلامية والفقه والتشريع ص ٢٠٤ ط أولى سنة ١٤٠٠هـ ــ ١٩٨٠م .

ففى حالة استحداث بناء يسد الضوء عن الجار ، يكون لهذا الأخير أن يكلف من استحدث البناء برفعه دفعا للضرر•وقد نصت المادة ٦١ من مرشد الجيران على أن : « سد الضـيـاء بالكلية على الجار يعد ضررا فاحشا فلا يسوغ لأحد احداث بناء يسد به شباك بيت جاره سـدا يمنع الضـوء عنه وان فعل ذلك فللجار أن يكلفه رفع البنـاء دفعـا للضرر عنه » •

واذا أحدث رجل فى داره نافذة،أو أقام بناء مجددا وجعل له فيه شباكا مطلا على مقر نساء جاره الملاصق أو الفاصل بينهما طريق ، فانه يؤمر برفع الضرر ، كما أن يؤمر بسدها لأن الضرر فى ذلك ظاهر •

واذا بنى رجل طاحونة خيل ببيته وكان يقرص المسكة فوق الحيطان مقابل ريح الجار الذى حصل له ضرر من ريح الروث ووخم البهـائم وقلق من ادارة الطـاحونة ، فانه يؤمر شرعا برفع الطـاحونة ومنع الضرر(٢) •

واذا غرس رجل أشـجارا فى أرضه • فشغلت ببعض أصـولها أو فروعها هواء أرض جـاره وأضرت به ضررا بينا ، فان الغـارس يكلف تفريغ هواء أرض غيره من فروع ما غرس اما بشد الفروع بحبل ان أمكن والا فبالقطع(٣) •

ولا يصح أن يدفع بقدم الضرر ، اذ لا فرق بين القديم والحادث حيث كانت العلة الضرر البين وهو يزال ولو قديما كما بينا •

كما نصت مجلة الأحـكام العـدلية على أمثلة أخرى للضرر غير المـألوف الذى يجب ازالته •

---

(٢) الفتاوى المهدية جـ ٥ ص ٤٦٥ ط سنة ١٣٠١هـ •
(٣) المرجع السابق ص ٤٦٧ •

فالمادة ١٢٠٠ تنص على ما يأتى : « يدفع الضرر بأى وجه كان، مثلا لو اتخذت فى اتصال دار وكان حداد أو طاحون ، وكان من طرق الحديد ودوران الطاحونة يحصل وهن للبناء ، أو أحدث فى جانبها فرن أو معصرة ، فتأذى صاحب الدار من دخان الفرن ورائحة المعصرة حتى تعذرت عليه السكنى،فهذا كله ضرر فاحش يدفع ويزال بأى وجه كان» .

وغير ذلك كثير من النصوص الفقهية والمواد المذكورة التى تدل على وجوب ازالة الضرر وهو (التنفيذ العينى) بلغة القانون .

المطلب الثانى

الجزاء المترتب على الغـلو فى القانون المدنى

أنتهينا فيما سبق بخصوص التأصيل الفنى لمسئولية المـالك عن الغلو . أن ثمة مبدأ ضمنه المشرع الوضعى المادة ٨٠٧ مدنى مصرى : يمتنع على المـالك بمقتضاه الغلو فى استعمال حق الملكية ممـا يحدث للجار ضررا غير مألوف والا كان متجاوزا هـذا الحق مما يعد خطـأ تقصيريا ، والمالك اذ يلتزم على هـذا الوجه فانه التزام بامتنـاع عن القيام بعمل . وقد تصـدى المشرع الوضـعى صراحة للاخلال بهذا الالتزام بجزاء قرره فى الفقرة الثانية من النص المذكور وقد أجاز للجار أن يطلب ازالة المضار غير المألوفة . وغنى عن البيان أن هـذه الازالة تعد تنفيذا عينيا للالتزام بالامتنـاع الذى جاء الضرر غير المـألوف للجار اخلالا به .

ويصدر القاض حكمه بالازالة اما بالقضاء على مصدر الضرر نهائيا كما لو قرر غلق مصنع أو هدم مدخنة واما بتعديل هذا المصدر على نحو يمنع عن الجار مستقبلا الضرر غير المـألوف ، كما لو قرر تعديل فواهة المدخنة . وقد يحكم القاضى اضـافة الى ما تقـدم بالتعويض

النقدى وذلك حال عدم كفاية الازالة باعتبارها تعويضا عينيا • فهى وان كانت كافية باعتبارها كذلك فلا تكون الا بالنسبة للمستقبل غالبا وتبقى قاصرة وحدها عن جبر ما وقع فى الماضى • اذ من المتعين أن يكون التعويض جابرا كل الضرر •

ويلاحظ أن الحكم بالازالة تقديرى للقاضى ومن ثم ليس حتميا ، خاصة اذا كان من شأنه أن يلحق بالجار الضرر الجسيم وقد يفضل حينئذ الحكم بالتعويض النقدى بدل الازالة(٤) •

ويجوز الجمع بين ازالة الضرر عينا والتعويض النقدى ، كما يجوز الحكم بأحدهما أو تخيير المالك المسئول بين تنفيذ أحدهما فهذه مسألة موضوعية متروكة لتقدير قاضى الموضوع(٥) • ولا يحول دون الحكم بالازالة أو التعويض النقدى سبق حصول المالك المسئول على ترخيص ادارى بنشاطه الذى نتج عنه الضرر غير المألوف لجيرانه ،

---

(٤) انظر : أ٠د٠ السنهورى فى المرجع السابق ص ٧٠٨ ، ٧٠٩ أ٠د٠ أحمد سلامة السابق ص ١٢٣ ، أ٠د٠ اسماعيل غانم السابق ص ١٣٦ ، أ٠د٠ محمود جمال الدين زكى السابق ص ٧١ ، أستاذنا الدكتور عبد الخالق حسن السابق ص ٣٥ ، أ٠د٠ شنب السابق ص ٢٤٠ ، ٢٤١ أستاذنا الدكتور عبد الناصر العطار السابق ص ٤١ ، أ٠د٠ توفيق فرج السابق ص ١٥٩ ــ ١٦١ ، أ٠د٠ طلبة وهبة السابق ص ١٠٠ ــ ١٠٤ ٠

(٥) انظر : أ٠د٠ السنهورى فى الوسيط جـ ٨ ص ٧١٠ ، أ٠د٠ شفيق شحاتة السابق ص ٨٨ هامش (٢) ، أ٠د٠ حسن كيرة السابق ص ٣٣١ ، ٣٣٢ ، أ٠د٠ اسماعيل غانم السابق ص ١٣٦ ، أ٠د٠ عبد المنعم فرج الصدر السابق ص ٩٦ ، أ٠د٠ أحمد سلامة السابق ص ١١٧ ، أ٠د٠ شنب السابق ص ٢٤١ ، أستاذنا الدكتور عبد الخالق حسن ص ٣٦ ، أ٠د٠ عبد الناصر العطار ص ٤١ ٠

فالترخيص الادارى لا يحول دون المسئولية عن الأضرار غير المـألوفة ولا يحول كذلك دون ما يترتب على هذه المسئولية من ازالة أو تعويض نقدى طبقا للرأى الراجح .

خاتمة : بعد هذاالعرض للجـانب الشرعى والقانونى لمسـئولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة نجد أن أحكام القانون مستمدة من أحكام الشريعة الغراء وفقا للرأى الراجح وهو تقييد المالك فى استعماله لملكه بعدم الاضرار بالغير سواء كان جارا ملاصقا أو بعيدا قريبـا أو غريبا مسلما أو كافرا وسواء كان الضرر قديما أو حديثا .

تم بحمد الله وتوفيقه ...

دكتور أبو الحسن ابراهيم على
مدرس القانون المدنى بكلية الشريعة والقانون
بأسـيوط

القُرُبات
إهداؤها إلى الموتى والاستئجار عليها
دراسة فقهية مقارنة

د / حسين عبد المجيد حسين

المبحث الثـــالث (*)

هل يعذب الميت ببكاء أهله عليه

بعد أن تحدثنا عن وصول ثواب القربات الى الميت أتحدث هنـــا عن هل يعذب الميت ببكاء أهله عليه ؟ فأقول وبالله تعالى التوفيق .

اتفق الأئمة الأربعة على أنه يجوز البكاء على الميت قبـــل الدفن وبعده بشرط ألا يصحب البكاء نوحا(١) أو جزعا أو قولا يغضب الله عز وجل(٢) وذلك لما يأتى :

(*) بقية البحث المنشور فى مجلة كلية البنات الاسلامية بأسيوط عام ١٩٩٠، العدد التاسع .

(١) النيــاحة : هى رفع الصوت بالندب والندب تعديد النــائحة بصوتها وذكرها لمحاسن الميت انظر الاذكار للامام النووى ١٣٤ .

(٢) حاشية ابن عابدين ١/٦٠٤ طبعة احياء التراث العربى بيروت الشرح الكبير للامام الدردير ١/٤٢١ طبعة الحلبى ، ونهاية المحتاج شرح المنهاج ٣/١٥ ، ١٦ طبعة دار الفكر بيروت ، مغنى المحتاج شرح المنهاج ١/٣٥٥ طبعة الحلبى . والمغنى لابن قدامة ٢/٥٤٥ طبعة مكتبة ابن تيمية

١ ــ ما رواه الترمذى بسنده الى جابر رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ــ قال يا ابراهيم انا لا نغنى عنك من الله شيئا ثم ذرفت عيناه فقال له عبد الرحمن بن عوف يا رسول الله أتبكى ؟ أو لم تنه عن البكاء ؟ قال ــ لا ولكن نهيت عن النوح(٣) .

٢ ــ ما رواه الحاكم بسنده الى أبى هريرة رضى الله عنه قال لما مات ابراهيم بن رسول الله صلى الله عليه وسلم صاح أسامة بن زيد فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس هذا منى وليس بصائح حق ــ القلب يحزن والعين تدمع ولا يغضب الرب(٤) .

٤ ــ ما رواه البخارى ومسلم : أن النبى صلى الله عليه وسلم لما فاضت عيناه لما رفع اليه ابن بنته ونفسه تقعقع كأنها فى شنة(٥) قال له سعد ما هذا يارسول الله ؟ قال هذه رحمة جعلها الله فى قلوب عباده ــ وانما يرحم الله من عباده الرحماء » .

٥ ــ وما رواه ابن ماجه بسنده الى أبى هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم كان فى جنازة فرأى عمر امرأة فصاح بها فقال النبى صلى الله عليه وسلم دعها يا عمر فان العين دامعة والنفس مصابة والعهد قريب » .

فلو لم يكن البكاء جائزا لما أمر النبى صلى الله عليه وسلم عمر بتركها(٦) .

٦ ــ وما رواه النسائى بسنده الى أبى هريرة رضى الله عنه قال زار رسول الله صلى الله عليه وسلم قبر أمه فبكى وأبكى من حوله

---

(٣) سنن الترمذى ٣١٨/٣ وقال هو حديث حسن .

(٤) الحاكم فى المستدرك ٣٨٢/١ .

(٥) أى لها صوت وحشرجة كصوت ما ألقى فى قربة بالية صحيح البخارى ١٣٧/٣ .

(٦) سنن ابن ماجة ٥٠٦/١ طبعة المكتبة العلمية بيروت .

وقال استأذنت ربى عز وجل فى أن استغفر لها فلم يؤذن لى واستأذنت فى أن أزور قبرها فأذن لى فزوروا القبور فانها تذكركم الموت »(٧).

وهذا الحديث ظاهر الدلالة على المدعى .

كما أنهم اتفقوا على أن الميت يعذب بنوح أهله عليه أو بفعلهم ما نهى الله تبارك وتعالى عنه ورسوله صلى الله عليه وسلم اذا كان قد أوصى بذلك أو كان البكاء سنة له واختيارا (٨) وذلك لأنه بايصائه يبرهن على أنه راض بما يصنعون ويحبه وذلك يستوجب العقاب وأيضا اذا كان هذا البكاء سنة له فى حياته وكان يختاره وذلك لما رواه أنس ابن مالك رضى الله عنه — انه قال — قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان العبد الميت اذا وضع فى قبره واقعد قال يقول أهله واسيداه واشريفاه واأميراه قال يقول الملك اسمع ما يقولون أنت كنت سيدا أنت كنت أميرا أنت كنت شريفا — قال — يقول الميت يا ليتهم يسكتون قال فيضغط ضغطة تختلف فيه أضلاعه (٩) .

ويحمل هذا الحديث على أن الميت كان يختار ذلك ويرغب فيه — توفيقا بين الأدلة الواردة فى هذا الشأن .

وأما اذا لم يوص بشىء محرم ولم يرغب فى شىء من ذلك ثم ناح عليه أهله أو شقوا جيوبهم أو لطموا خدودهم أو دعوا بدعاء الجاهلية فانه لا يعذب بذلك كله لقول الله تبارك وتعالى

---

(٧) سنن النسائى ٤/٩٠ طبعة دار الكتب العلمية بيروت ، صحيح مسلم ٣/٦٥ .

(٨) الخلاصة الفقهية على مذهب السادة المالكية ص ١١٢ طبعة دار القلم بيروت ونهاية المحتاج شرح المنهاج ٣/١٦ ، حاشية ابن عابدين ١/٦٠٤ ، والمغنى لابن قدامة ٢/٥٤٥ .

(٩) التذكرة للامام القرطبى ١١٢ طبعة دار الكتب العلمية .

« ولا تزر وازرة وزر أخرى ، وأن ليس للانسان الا ما سعى وأن سعيه سوف يرى »(١٠) •

فقد بينت هذه الآيات أن الله تبارك وتعالى لا يؤاخذ الانسان بجريرة غيره والنوح ولطم الخدود وما الى ذلك بغير ايصاء أو رضا منه ، ولا بأمره فلا يؤاخذ عليه هذا ما يقتضيه عدل الله تبارك وتعالى •

أما ما رواه الترمذى بسنده الى ابن عمر رضى الله عنهما أنه قال — قال النبى صلى الله عليه وسلم ان الميت يعذب ببكاء أهله عليه(١١) •

ففيه وهم فى الفهم كما قالت السيدة عائشة رضى الله عنها حيث قالت أما أن ابن عمر رضى الله عنهما لم يكذب ولكنه أخطأ أو نسى انما مر رسول الله صلى الله عليه وسلم على يهودية وهى يبكى عليها أهلها فقال صلى الله عليه وسلم انهم يبكون عليها وانها لتعذب فى قبرها فظن ابن عمر رضى الله عنهما أن كل ميت سواء كان مسلما أو يهوديا يعذب ببكاء أهلهعليه •

يضاف الى ذلك أن الامام الشافعى رضى الله عنه قال ان ما روته السيدة عائشة رضى الله عنها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أشبه أن يكون محفوظا عنه صلى الله عليه وسلم بدلالة الكتاب والسنة — فدلالة الكتاب قول الله تبارك وتعالى

« ان الساعة آتية أكاد أخفيها لتجزى كل نفس بما تسعى »(١٢) •

---

(١٠) سورة النجم الآيات ٣٨ : ٤٠ •
(١١) سنن الترمذى ٣/٣١٨ •
(١٢) سولة طه آية رقم ١٥ •

وقوله تبارك وتعالى ــ

« فمن يعمل مثقال ذرة خيرا يره ومن يعمل مثقال ذرة شرا يره »(١٣) .

ودلالة السنة قول النبى صلى الله عليه وسلم لرجل ابنك هذا ؟ قال نعم قال أما انه لا يجنى عليك ولا تجنى عليه » فأعلم رسول الله صلى الله عليه وسلم مثل ما اعلم الله من أن جناية كل امرىء عليه كما أن عمله له لا لغيره ولا عليه .

وقد روى عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال لما مات عمر بن الخطاب رضى الله عنه قلت لعائشة رضى الله عنها أن عمر رضى الله عنه كان يقول ان الميت ليعذب ببكاء أهله عليه ــ فقالت يرحم الله عمر لا والله ما حدّث رسول الله صلى الله عليه وسلم بذلك ولكنه قال ان الله يزيد الكافر عذابا ببكاء أهله عليه(١٤) .

وبعد فانه يجب على كل مؤمن ان يوصى أهله بعدم البكاء عليه ويتبرأ من ذلك قبل موته حتى ينجو من أعمالهم ومخالفاتهم بعد موته .

المبحث الرابع

حكم زيارة القبور

أتفق الأئمة الأربعة على أن زيارة الرجال للقبور أمر جائز(١)

---

(١٣) سورة الزلزلة ٧، ٨ .

(١٤) اختلاف الحديث للامام الشافعى ص ١٦٢ طبعة دار الكتب العلمية بيروت .

(١) وذهب الحنفية الى أن الزيارة للرجال مندوبة وذهب غيرهم من الفقهاء الى أنها مباحة حاشية ابن عابدين ١/٨٤٣ ، الشرح الكبير للامام الدردير ١/٤٢٢ ، مغنى المحتاج شرح المنهاج ١/٣٦٤ ، المغنى لابن قدامة ٢/٥٦٤ .

وذلك لقول النبى صلى الله عليه وسلم : « انى كنت نهيتكم عن زيارة القبور ـ فزوروها فانها تذكركم الموت »(٢) وفى لفظ آخر للنسائى ـ « فانها تذكر الاخرة ولا تقولوا هجرا »(٣) .

وقد كان المصطفى صلى الله عليه وسلم يأتى قبور الشهداء بأحد على رأس كل حول فيقول « السلام عليكم بما صبرتم فنعم عقبى الدار » وكان يقول صلى الله عليه وسلم ـ « ما من أحد يمر بقبر أخيه المؤمن كان يعرفه فى الدنيا فسلم عليه الا عرفه ورد عليه السلام » .

كما أنهم اتفقوا على أن زيارة النساء للقبور ان كانت لتجديد الحزن والبكاء والندب ولطم الخدود وشق الجيوب وما الى ذلك من الأمور المنهى عنها شرعا فان هذه الزيارة غير مشروعة (٤) وذلك لمنافاة هذه الأفعال للمقصود من زيارة المقابر وهو الاعتبار والاتعاظ وتذكر الاخرة يضاف الى ذلك أن هذه الأفعال منهى عنها شرعا بقول النبى صلى الله عليه وسلم « ليس منا من لطم الخدود وشق الجيوب ودعا بدعوى الجاهلية »(٥) .

ثم اختلفوا بعد ذلك فى حكم زيارة النساء للقبور اذا خلت عن الأمور المنهى عنها شرعا على مذهبين :

ذهب جمهور الفقهاء الى أن زيارة النساء للقبور فى هذه الحالة مكروهة وذلك لما يأتى :

---

(٢) صحيح مسلم ٨٢/٦ ، سنن أبى داود ٧٢/٢ .

(٣) والهجر (بضم الهاء وسكون الجيم) : هو الكلام القبيح الذى ينافى الاسلام ـ سنن النسائى ٨٩/٤ .

(٤) مراقى الفلاح على نور الايضاح ١٠٣ طبعة الحلبى ، والشرح الكبير للامام الدردير ٤٢٢/١ ونهاية المحتاج ٣٦/٣ ، المغنى لابن قدامة ٥٦٤/٢ .

(٥) صحيح البخارى ١٢٧/٣ .

١ ـ ان النبى صلى الله عليه وسلم قد نهى عن زيارة القبور فقال كنت نهيتكم عن زيارة القبور ثم قال بعد ذلك « فزوروها » والضمير هنا عائد الى الرجال دون النساء على الرأى المختار فتكون الزيـارة مستحبة للرجال مكروهة للنساء ٠

٢ ـ ما رواه ابن ماجه بسنده الى أبى هريرة رضى الله عنـه وابن عباس رضى الله عنهما انهما قالا « لعن رسـول الله صلى الله عليه وسلم زوارات القبور »(٦) ٠

وهذا يدل على أن زيارة النسـاء للقبور منهى عنهـا لأن اللعن يقتضى ذلك ٠

وذهب الحنفية فى الأصح الى أن زيارة النساء للمقابر منـدوبة ووافقهم المالكية فى جواز زيارة النسـاء للمقابر (٧) اذا كن لا ارب للرجال فيهن ـ وذلك لقول النبى صلى الله عليه وسلم ـ «كنت نهيتكم عن زيارة القبور ـ فزوروها » وقوله صلى الله عليه وسلم زوروا القبور فانها تذكركم الاخرة »(٨) ٠

وجه الدلالة من هذين الحديثين :

هو أن نهى النبى صلى الله عليهوسلم عن زيارة القبور كان فى بادىء الأمر وكان ذلك شـاملا للرجال والنسـاء معا فيكون قـوله صلى الله عليه وسلم فزوروها عائدا الى الجنسين جميعا ضرورة لأن هذا هو الظاهر ولو أراد صلى الله عليه وسلم غير ذلك لبينه اذ لايجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة اليه ويؤيد ذلك ما رواه البيهقى بسنده

---

(٦) سنن ابن ماجه ٥٠٠/١ ٠

(٧) حاشية ابن عابدين ٨٤٣/١ ، مراقى الفلاح ١٠٣ ، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ٤٢٢/١ ٠

(٨) سنن ابن ماجه ٥٠٠/١ ٠

الى عبد الله بن أبى مليكة انه قال ان عائشة رضى الله عنهـا أقبلت ذات يوم من المقابر فقلت لها يا أم المؤمنين من أين اقبلت ؟ قالت من قبر عبد الرحمن بن أبى بكر فقلت لها أليس كان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن زيارة القبور ؟قالت نعم ثم أمر بزيارتها (٥) وفى رواية عنها أخرى «ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص فى زيارة القبور »(١٠) .

وما رواه البخارى بسنده الى أنس بن مالك رضى الله عنه انه قال مر رسول الله صلى الله عليه وسلم بامرأة عند قبر وهى تبكى فقال لها اتقى الله واصبرى فقالت اليك عنى فانك لم تصب بمصيبتى قال ولم تعرفه ــ فقيل لها هو رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخذها مثل الموت فاتت باب رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم تجد عنده بوابين فقالت يا رسول الله انى لم أعرفك فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الصبر عند أول الصدمة »(١١) .

وجه الدلالة من هذا الحديث :

هو ان النبى صلى الله عليه وسلم لم ينكر على المرأة قعودها عند القبر وتقريره حجة فدل ذلك على مشروعية زيارة النساء للقبور.

وبعد فانى أرى أن الرأى المختار هنا هو ما ذهب اليه الحنفيـة من أن زيارة القبور مستحبة للرجال والنساء على السواء مادامت خالية من عدم الجلوس على المقابر والأكل والشرب والضحك واللعب والهزل لما ذكروه من أدلة يضاف الى ذلك أن زيارة القبـور انما شرعت من أجل ترقيق القلوب وتذكر الاخـرة والاعتبار بحال الموتى وتلك عـلة يشترك فيها الرجال والنساء على السواء .

والله أعلم

---

(٩) سنن البيهقى ٧٨/٤ .
(١٠) سنن ابن ماجة ٥٠٠/١ .
(١١) صحيح البخارى ١١٥/٣ .

المبحث الخـــامس

سماع الموتى لكلام الأحياء ــ وعذابهم ونعيمهم فى قبورهم

قبل الحديث عن هذا المبحث أقول : قد يقول قائل ان سماع الموتى فى قبورهم وعذابهم ونعيمهم حكم عقائدى وليس عمليا فكيف يبحث عنه فى علم الفقه ؟

والجواب عن هذا : أن محل البحث هنا هو ما يتصل بذلك من عمل المكلفين وهو أنه اذا كان الأموات يسمعون جاز توجيه الخطاب اليهم ــ وتلقينهم الشهادتين فى قبورهم •

وإذا كانوا يعذبون ندب الدعاء لهمبتخفيف العذابوحلول النعيم•

وبعد هذا أقول وبالله تعالى التوفيق •

اختلف العلماء فى سماع الموتى لكــلام الأحياء عــلى مذهبين فى الجملة :

فذهب أكثر أهل العلم ومنهم ابن عبد البر وابن جرير الطبرى وابن قتيبـــة وابن القيم وابن رجب الحنبلى الى أن الأموات يسمعون كلام الأحياء •

وذهب بعض العلماء ومنهم القاضى أبو يعلى من الحنابلة،وعائشة رضى الله عنها الى أن الأموات لا يسمعون كلام الأحياء(١) •

---

(١) الروح لابن القيم ٦٠ طبعة مكتبة المدنى كشاف القناع ١٩٩٠/٢ مراقى الفلاح ١٠٣ ، التذكرة للامام القرطبى ٢٦٤ ، طبعة المكتبة التوفيقية الجامع لأحكام القرآن الكريم القرطبى ٥١٢٨/٨ طبعة الشعب ، تفسير الفخر الرازى ١٨/٢٦ طبعة دار الفكر •

الأدلـــة

استدل القائلون بأن الأموات يسمعون كلام الأحياء بالسنة والأثر.

ـ أما السنة فمنها :

١ ـ ما رواه البخارى ومسلم بسنديهما الى أبى طلحة رضى الله عنه : أن النبى صلى الله عليه وسلم أمر يوم بدر بأربعــة وعشرين رجلا من صناديد قريش فألقوا فى طـوى من أطواء بدر فنــاداهم رسول الله صلى الله عليه وسلم وسماهم بأسمائهم ـ يا أبا جهــل ابن هشام ، يا أمية بن خلف ، يا عتبة بن ربيعة ، يا شيبة بن ربيعة ، يا فلان بن فلان أليس قد وجدتم ما وعدكم ربكم حقا ، فاننى وجدت ما وعدنى ربى حقا ، فقال عمر : يا رسول الله ما تكلم من أجســاد لا أروح لها ، فقال عليه الصلاة والسلام : « والذى نفسى بيده ما أنتم بأسمع لما أقول منهم ، ولكنهم لا يجيبون » (٢) . ويسمى هــذا الحديث بحديث القليب .

٢ ـ ما رواه ابن حبان فى صــحيحه واللفظ له ـ والطبرانى فى الأوسط عن أبى هريرة رضى الله عنه أنه قال : قال النبى صلى الله عليه وسلم : لأن الميت اذا وضع فى قبره انه ليسمع قرع نعالهم حين يولون فان كان مؤمنا كانت الصلاة عند رأسه وكان الصيام عن يمينه وكانت الزكاة عن يساره وكان فعل الخيرات من الصــدقة والصــلة والمعروف والاحسان الى الناس عند رجليه ، فيؤتى من قبل رأســه فتقول الصلاة : ما قبلى مدخل ، ثم يؤتى عن يمينه فيقول الصيام : ما قبلى مدخل ، ثم يؤتى عن يساره فتقول الزكاة : ما قبلى مدخل ؛ ثم يؤتى من قبل رجليه فيقول فعــل الخيرات من الصــدقة والصلة

---

(٢) فتح البــارى شرح صــحيح البخارى ٢٩٨/٨ ، ٢٩٩ ط دار المعرفة ـ بيروت ـ صحيح مسلم بشرح النووى ٢٠٦/١٧ ، ٢٠٧ ط دار الفكر ـ بيروت .

والمعروف والاحسان الى الناس : ما قبلى مدخل ، فيقال له : اجلس ، فيجلس وقد مثلت له الشمس قد دنت للغروب فيقال له : هذا الرجل ماذا تقول فيه ؟فيقول : دعونى أصلى ، فيقولون له : انك ستفعل ، أخبرنا عما نسألك عنه ، قال عم تسألونى ؟ قالوا : ما تقول فى هذا الرجل الذى بعث فيكم وبم تشهد عليه ؟ فيقول أشهد أنه رسول الله وأنه جاء بالحق من عند الله فيقال له على ذلك حييت وعلى ذلك مت وعلى ذلك تبعث ان شاء الله تعالى ثم يفتح له باب من أبواب الجنة فيقال له : انظر الى مقعدك من الجنة وما أعد الله عز وجل لك فيها فيزداد غبطة وسرورا ثم يفسح له فى قبره سبعون ذراعا وينور له ويعاد الجسد كما بدىء ويجعل نسمة من النسيم الطيب وهى طائر تعلق فى شجر الجنة ، فذلك قوله تعالى :

« يثبت الله الذين آمنوا بالقول الثابت فى الحياة الدنيا وفى الآخرة »(٣) ... الآية .

وان الكافر اذا أتى من قبل رأسه لم يوجد شىء ثم أتى عن يمينه فلا يوجد شىء ثم أتى عن شماله فلا يوجد شىء ثم أتى من قبل رجليه فلا يوجد شىء ، فيقال له : اجلس ، فيجلس مرعوبا خائفا فيقال : أرأيتك هذا الرجل الذى كان فيكم ماذا تقول فيه ؟ وماذا تشهد عليه ؟ فيقول : أى رجل ؟ ولا يهتدى لاسمه ، فيقال له : محمد ، فيقول : لا أدرى سمعت الناس قالوا قولا فقلت كما قال الناس ، فيقال له على ذلك حييت وعليه مت وعليه تبعث ان شاء الله ، ثم يفتح له باب من أبواب النار فيقال له : هذا مقعدك من النار وما أعد الله لك فيها فيزداد حسرة وثبورا ، ثم يفتح له باب من أبواب الجنة فيقال له : هذا مقعدك منها وما أعد الله لك فيها لو أطعته ، فيزداد

---

(٣) سورة ابراهيم الآية رقم ٢٧ .

حسرة وثبورا ثم يضيق عليه قبره حتى تختلف فيه أضلاعه ، وتلك المعيشة الضنكة التى قال الله(*)

« فان له معيشة ضنكا ونحشره يوم القيامة أعمى »(٤) .

٣ – ما رواه البخارى ومسلم بسنديهما الى أنس بن مالك رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : العبد اذا وضع فى قبره، وتولى وذهب عنه أصحابه حتى انه يسمع قرع نعالهم أتاه ملكان فأقعداه فيقولان له : ما كنت تقول فى هذا الرجل محمد ؟ فأما المؤمن فيقول : أشهد أنه عبد الله ورسوله ، فيقال له : انظر الى مقعدك من النار أبدلك الله به مقعدا من الجنة ، قال النبى صلى الله عليه وسلم : فرآهما جميعا ، وأما الكافر والمنافق فيقول : لا أدرى كنت أقول ما يقول الناس ، فيقال له : لادريت ولا وعيت ثم يضرب بمطرقة من حديد ضربة بين أذنيه فيصيح صيحة يسمعها من يليه الا الثقلين » (٥).

٤ – ما رواه الطبرانى بسنده الى أبى أمامة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اذا مات أحد من اخوانكم فسويتم عليه التراب – فليقم أحدكم على رأس القبر ثم ليقل – يافلان ابن فلانة (٦) يسمعه ولا يجيب ثم يقول يافلان ابن فلانة فانه يستوى قاعدا – ثم يقول يافلان ابن فلانة فانهيقول أرشدنا رحمك الله – ولكن لا تشعرون فليقل

(*) سورة طه آية ٥٥ .

(٤) الترغيب والترهيب للحافظ المنذرى ١٦٨/٦ ، ١٦٩ ، ١٧٠ الطبعة الأولى – مطبعة السعادة .

(٥) فتح البارى شرح صحيح البخارى ٢٠٥/٣ ، ٢٠٦ ، الطبعة السابقة – صحيح مسلم بشرح النووى ٢٠٣/١٧ ، ٢٠٤ – الطبعةالسابقة.

(٦) ان النسبة الى الأمهات وان الانسان ينادى بأمه – يا فلان ابن فلانة ليست بصحيحة لا فى الدنيا ولا فى الآخرة والحديث المذكور هنا ضعيف ولا يقوى على معارضة حديث « ينصب لكل غادر لواء يقال هذه غدرة فلان بن فلان » .

اذكر ما خرجت عليه من الدنيا شهادة أن لا اله الا الله وأن محمداً عبده ورسوله وأنك رضيت بالله ربا وبالاسلام دينا وبمحمد نبيا وبالقرآن اماما فان منكرا ونكيرا يأخذ كل واحد منهما بيد صاحبه ويقول انطلق بنا ما يقعدنا عند ما لقن حجته فيكون الله حجيجهما دونه ــ قال رجل يارسول الله فان لم يعرف أمه ــ قال ــ ينسبه الى حواء يافلان ابن حواء » (٧) ٠

وجه الدلالة من هذه الاحاديث :

أن هذه الأحاديث بينت فى وضوح وجلاء أن الأموات يسمعون كلام الأحياء وانهم يتكلمون فى قبورهم فدل ذلك على المدعى ٠

وأما الأثر :

فقد روى انه لما حضرت عمرو بن العاص الوفاة قال ــ لمن حوله اجلسوا عند قبرى قدر ما ينحر جزور ويقسم فانى أستأنس بكم »(٨)٠

واستدل القائلون بأن الأموات لا يسمعون كلام الأحياء بقول الله تبارك وتعالى :

« وما أنت بمسمع من فى القبور »(٩) وقوله تعالى :

« فانك لا تسمع الموتى ولا تسمع الصم الدعاء اذا ولوا مدبرين »(١٠) ٠

---

(٧) نيل الأوطار للشوكانى ٤/١٠١ ، ١٠٢ طبعة الحلبى ٠
(٨) المغنى لابن قدامة ٢/٥٠٥ ٠
(٩) سورة فاطر الآية رقم ٢٢ ٠
(١٠) سورة الروم الآية رقم ٥٢ ٠

وجه الدلالة من هاتين الآيتين :

أن الله سبحانه وتعالى قال لحبيبه محمد صلى الله عليـه وسلم وما أنت بمسمع من فى القبور ونفى فى الآية الثـانية سـماع الأموات لكلام الأحياء فدل ذلك على أن الأموات لا يسمعون :

ويناقش هذا من ثلاثة أوجه :

الوجه الأول : أنه ليس هناك تعارض بين ما جاء فى هذه الآيات وما ورد فى ادلة الفريق الأول لأنه من الجائز ان يكون الأموات يسمعون فى وقت ما اوفى حال ما فان تخصيص العموم ممكن وصحيح اذا وجـد المخصص والمخصص موجود وهو ما سـبق ذكره من احاديث الفريق الأول .

الوجه الثانى : أن الآيات انما جاءت فى سياق خطاب الكفار الذين لا يستجيبون للهدى والايمان اذا دعوا اليه كما قال الله تبارك وتعالى:

« ولقد ذرأنا لجهنم كثيرا من الجن والانس لهم قلوب لا يفقهون بها ولهم أعين لا يبصرون بها ولهم آذان لا يسمعون بها ..الآية »(١١).

ففى هذه الآية الكريمة نفى الابصار والسماع عنهم لأن الشىء قد ينتفى لانتفاء فائدته وثمرته فاذا لم ينتفع المرء بمـا سمعه وأبصره فكأنه لم يسمع ولم يبصر وسماع الموتى هو بمثابة هذا ــ وكذلك سماع الكفار لمن دعاهم الى الايمان والهدى (١٢) .

أو أن المراد أنك لا تهدى بنفسك الكفار لأنهـم كالموتى وانت لا تسمع بنفسك الموتى وانما المسمع اياهم هو الله تبارك وتعـالى كما

---

(١١) سورة الأعراف آية رقم ١٧٩ .

(١٢) الجامع لأحكام القرآن الكريم القرطبى ٥١٢٨/٨ طبعة الشعب تفسير الفخر الرازى ١٨/٢٦ طبعة دار الفكر .

فى قوله تعالى لحبيبه صلى الله عليه وسلم :

« انك لا تهدى من أحببت ولكن الله يهدى من يشاء ... »(١٣) .

الموجه الثالث : انه قد روى عن السيدة عائشة رضى الله عنها انها قالت ما ينافى رأيها السابق فقد روى عنها قالت ما من رجل يزور اخاه ويجلس عنده الا استأنس به ورد عليه حتى يقوم (١٤) .

وبعد : فان الرأى المختار هنا — هو القول بأن الموتى يسمعون كلام الأحياء ويتكلمون فى قبورهم جمعا بين الادلة الواردة ، فى هذا الشأن . ولكن هل يعذب الموتى فى قبورهم ويتنعمون » .

نعم لقد — اثبتت الأدلة الشرعية ذلك منها .

١ — قول الله تبارك وتعالى :

« النار يعرضون عليها غدوا وعشيا ويوم تقوم الساعة ادخلوا آل فرعون أشد العذاب »(١٥) .

فهذه الآية تدل على أن الكفار يعرضون على النار فى قبورهم غدوا وعشيا فدل ذلك على عذاب القبر .

٢ — وما رواه النسائى بسنده الى ابن عمر رضى الله عنهما قال ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ألا ان احدكم اذا مات عرض عليه مقعده بالغداة والعشى ان كان من أهل الجنة فمن أهل الجنة وان كان من أهل النار فمن أهل النار حتى يبعثه الله عز وجل يوم القيامة (١٦) .

---

(١٣) سورة القصص الآية رقم ٥٦ .

(١٤) كتاب الروح لابن القيم ٥ طبعة مكتبة المدنى .

(١٥) سورة غافر الآية رقم ٤٦ .

(١٦) سنن النسائى ٤/١٠٧ طبعة دار الكتب العلمية بيروت .

٣ ــ ما رواه أبو داود بسنده الى ابن عباس رضى الله عنهما قال ــ مر رسول الله صلى الله عليه وسلم على قبرين فقال انهما يعذبان وما يعذبان فى كبير اما هذا فكان لا يستنزه من البول وأما هذا فكان يمشى بالنميمة ثم دعا بعسيب رطب فشقه اثنين ثم غرس على هذا واحدا وعلى هذا واحدا وقال ــ لعله يخفف عنهما مالم ييبسا »(١٧) .

٤ ــ وما رواه الامام أحمد بسنده الى البراء بن عازب رضى الله عنه قال ــ خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فى جنازة رجل من الأنصار فانتهينا الى القبر ــ ولما يلحد ــ فجلس رسول الله صلى الله عليه وسلم وجلسنا حوله كأنما على رؤوسنا الطير فجعل يرفع بصره ينظر الى السماء ويخفض بصره وينظر الى الأرض ثم قال : « أعوذ بالله من عذاب القبر » قالها مرارا ثم قال ــ ان العبد المؤمن اذا كان فى اقبال من الآخرة وانقطاع من الدنيا جاءه ملك فجلس عند رأسه فيقول اخرجى ايتها النفس المطمئنة الى مغفرة من الله ورضوان فتخرج نفسه وتسيل كما يسيل قطر السقاء وتنزل ملائكة من الجنة بيض الوجوه كأن وجوههم الشمس معهم أكفان من اكفان الجنة وحنوط من حنوطها فيجلسون منه مد البصر فاذا قبضها الملك لم يدعوها فى يده طرفة عين فذلك قوله تعالى :

« توفته رسلنا وهم لا يفرطون »(١٨) .

قال فتخرج نفسه كأطيب ريح وجدت فتعرج بها الملائكة فلا يأتون على جند بين السماء والأرض الا قالوا ما هذه الروح فيقال فلان بأحسن اسمائه حتى ينتهوا به الى باب السماء الدنيا فتفتح له ويشيعه من كل سماء مقربوها حتى ينتهى بها الى السماء السابعة فيقول اكتبوا كتابه فى عليين ،

---

(١٧) سنن أبى داود ٦/١ طبعة دار احياء السنة بيروت .
(١٨) سورة الأنعام الآية رقم ٦١ .

« وما أدراك ما عليون ، كتاب مرقوم ، يشهده المقربون »(١٩) .
فيكتب كتابه فى عليين ثم يقـال : ردوه الى الأرض فانى وعدتهم أنى منها خلقناهم وفيها نعيدهم ومنها نخرجهم تارة أخرى فترد الى الأرض وتعاد روحه فى جسده فيأتيه ملكان شديدا الانتهار فينتهرانه ويجلسانه فيقولان : من ربك وما دينـك ؟ فيقول : ربى اللـه ودينى الاسـلام فيقولان : فما تقول فى هذا الرجل الذى بعث فيكم ؟ فيقول : هو رسول الله ، فيقولان : وما يدريك ؟ فيقول : جاءنا بالبينات من ربنا فآمنت به وصدقته ، قال وذلك قوله عز وجـل

« يثبت الله الذين آمنوا بالقول الثابت فى الحيـاة الدنيـا وفى الآخرة »(٢٠) .

قال : وينادى مناد من السـماء قد صدق عبدى فألبسوه من الجنة وافرشوا له منها وأروه منزله منها فيلبس من الجنة ويفرش منها ويرى منزله منها ويفسح له مد بصره ويمثل له عمله فى صورة رجل حسـن الوجه طيب الريح حسـن الثيـاب فيقول : أبشر بمـا أعد الله عز وجل لك أبشر برضوان الله وجنات فيهـا نعيم مقيـم فيقول بشرك الله بخير ، من أنت ؟ فوجهك الوجه الذى جاءنا بالخير فيقول : هذا يومك الذى كنت توعد والأمـر الذى كنت توعد وأنا عملك الصالح فوالله ما علمتك الا كنت سريعا فى طاعة الله بطيئـا عن معصـية الله فجزاك الله خيرا . فيقول يارب أقم الساعة كى أرجع الى أهلى ومالى قال : وان كان فاجرا وكان فى اقبال من الآخرة وانقطاع من الدنيا(*) ملك عند رأسه فقال :

اخرجى أيتها النفس الخبيثة أبشرى بسخط الله وغضبه فتنزل ملائكة سود الوجوه معهم مسوح فاذا قبضها الملك قاموا فلم يدعوها

---

(١٩) سورة المطففين الأيات ١٩ ، ٢٠ ، ٢١ (٢٠) سورة ابراهيم الآية ٢٧ .
(*) أى إذا دنا أجله وصار فى حالة الاحتضار ، الفتح الربانى لمسند الامام أحمد ٧/ ٧٤

فى يده طرفة عين قال : فتفرق فى جسده فتستخرجها تقطع معها العروق والعصب كالسفود الكبير الشعب فى الصوف المبلل فتؤخذ من الملك فتخرج كأنتن ريح وجدت فلا تمر على جند فيما بين السماء والأرض الا قالوا : ما هذه الروح الخبيثة ؟ فيقولون : هذا فلان بأسوا أسمائه حتى ينتهوا الى السماء الدنيا فلا يفتح له فيقول : ردوه الى الأرض فانى وعدتهم أنى منها خلقتهم وفيها أعيدهم ومنها أخرجهم تارة أخرى ٠

قال : فيرمى به من السماء قال : فتلا هذه الآية

« ومن يشرك بالله فكأنما خر من السماء فتخطفه الطير أو تهوى به الريح فى مكان سحيق »(٢١)

قال ويعاد الى الأرض وتعاد فيه روحه ويأتى ملكان شديدا الانتهار فينتهرانه ويجلسانه فيقولان : من ربك وما دينك ؟ فيقول : لا أدرى ٠ فيقولان : فما تقول فى هذا الرجل الذى بعث فيكم ؟ فلا يهتدى لاسمه فيقول : لا أدرى ، سمعت الناس يقولون ذلك ، قال : فيقال : لا دريت، فيضيق عليه قبره حتى تختلف أضلاعه ويمثل له عمله فى صورة رجل قبيح الوجه منتن الريح قبيح الثياب فيقول : أبشر بعذاب من الله وسخطه فيقول : من أنت فوجهك الوجه الذى جاء بالشر فيقول: أنا عملك الخبيث والله ما علمتك الا كنت بطيئا عن طاعة الله سريعا الى معصية الله ثم قال : فيقيض له ملك أصم أبكم معه مرزبة لو ضرب بها جبل صار ترابا — أو قال رميما — فيضربه بها ضربة يسمعها الخلائق الا الثقلين ثم يعاد فيه الروح فيضرب ضربة أخرى » (٢٢) ٠

نسأل الله العفو والعافية وحسن الخواتيم

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم ٠

---

(٢١) سورة الحج الآية ٣١ ٠

(٢٢) الفتح الربانى شرح مسند الامام أحمد ٧/٧٤ وما بعدها ط دار احياء التراث العربى ٠

الفصل الثانى

الاستئجار على أداء القرب

ان شأن المسلم دائما أن يتحرى الاخلاص فى عبـادته والكسب الحلال ولما كان موضوع الاستئجار على أداء القرب يمس هذين الأمرين آثرت أن ابين مدى مشروعية هذا النوع من الاجارات وما يترتب عليه من حل الكسب وعدمه ومدى امكان تدارك ما فات بعض الأشخاص من خير عن طريق تلك الإجارة كالاجارة على أداء الصلاة والصيام والحج وقراءة القرآن والاذان والامامة وتعليم العلوم الشرعية وما الى ذلك من زكاة وذبح اضحية وهدى وصدقة •

وسوف اتناول ذلك بمشيئة الله تبـارك وتعالى فى ثلاثة مبـاحث فاقول وبالله تبارك وتعالى التوفيق :

المبحث الأول : تعريف الاجارة ودليل مشروعيتها : وفيه مطلبان :

المطلب الأول : تعريف الاجارة :

أولا : تعريفها لغة :

الاجارة ــ فى الحقيقة ــ اسم للأجرة ثم استعملت فى العقد على وجه المجاز وهى مثلثة الهمزة ــ والكسر أشهر لغاتها وافصحها ، والأجرة هى الكراء والجزاء على العمل وعوض المنفعة والجمع أجور وأجر بضم الهمزة وفتح الجيم والأجير على وزن فعيـل كنديم وجليس وجمعـه أجـراء (١) •

---

(١) القاموس المحيط مادة أجر باب الراء فصـل الهمزة ، لسـان العرب مادة أجر •

ثانيا : تعريفها اصطلاحا :

عرف الفقهاء الاجارة بتعريفات عـدة (٢) أرى أن أشـملها هو ما ذهب اليه الشافعية من أن الاجارة عقد على منفعة معلومة مقصـودة قابلة للبذل والاباحة بعوض معلوم » (٣) ٠

شرح هذا التعريف

قولهم « عقد » جنس فى التعريف يشمل كل عقـد ــ وقولهم « على منفعة » يقصد بهـا أن الاجارة تقع على المنفعة سـواء كانت الاجارة واردة على الأعيان كالدور والدواب أم واردة على عمل فى الذمة كما هو الحال فى اجارة الأشخاص ويخرج بهـا النكاح لأنه عقد على الانتفـاع وليس على المنفعـة ــ وقولهم « مقصـودة » يخرج به استئجار تفاحة لشمها فقط فهذا غير مقصود وقولهم « قابلة للبذل » يخرج منفعة البضع فالعقد عليها لا يسمى اجارة وقولهم « والاباحة » يخرج به اجارة الجوارى للوطء وقولهم « بعوض » يخرج به الاعارة فانها بغير عوض وقولهم « معلوم » يخرج به العوض المجهول كما فى المزارعة والمساقاة والمضاربة فان العوض فيها مجهول ٠

---

(٢) فعرفها الحنفية ــ بأنها بيع منفعة معلومة بأجر معلوم ــ وعند المـالكية ــ بأنها تمليك منافع شىء مبـاحة مدة معلومة بعوض ــ وعنـد الحنابلة ــ بأنها عقد على منفعة مباحة معلومة تؤخذ شيئا فشيئا مدة معلومة من عين معلومة أو موصوفة فى الذمة ــ أو عمل معلوم بعوض معلوم ٠ انظر البحر الرائق شرح كنز الدقائق ٢٩٧/٧ ط دار الـكتب المصرية ، الشرح الكبير للامام الدردير ٢/٤ طبعة الحلبى ، كشاف القناع ٥٤٦/٣ طبعة مكتبة النصر الحديثة ٠

(٣) مغنى المحتاج شرح المنهاج ٣٣٢/٢ طبعة الحلبى ٠

المطلب الثانى : دليل مشروعية الاجارة :

اتفق الأئمة الأربعة على مشروعية الاجارة (٤) واستدلوا على ذلك بالكتاب والسنة والمعقول :

أما الكتاب فمنه :

١ ــ قول الله تبارك وتعالى :

« فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن »(٥) .

وجه الدلالة من هذه الآية :

ان الله سبحانه وتعالى أجاز استئجار المطلقات لارضاع أبنائهن، وأمر الأباء بدفع الاجر لهن والأمر يقتضى الوجوب فكان ذلك دليلا على مشروعية الاستئجار .

٢ ــ قول الله تبارك وتعالى فى قصة سيدنا موسى وسيدنا شعيب عليهما وعلى نبينا الصلاة والسلام :

« قالت احداهما يا أبت استأجره ان خير من استأجرت القوى الأمين ، قال انى أريد أن أنكحك احدى ابنتى هاتين على أن تأجرنى ثمانى حجج فان أتممت عشرا فمن عندك »(٦) .

---

(٤) نهاية المحتاج ٢٥٨/٥ طبعة المطبعة العامرية الكبرى ، الأم للامام الشافعى ٢٥٠/٣ طبعة الشعب ، المغنى لابن قدامة ٢٦١/٥ طبعة مكتبة ابن تيمية وبدائع الصنائع ١٧٣/٤ طبعة العاصمة ، بداية المجتهد ٢١٩/٢ طبع الكليات الأزهرية ولكن الاجارة عندهم مشروعة على خلاف القياس وذلك لأن المعقود عليه هى المنفعة والمنفعة معدومة حال التعاقد والمعدوم لا يكون محلا للعقد . وخالف فى ذلك ابن تيمية وابن القيم فقالا أن الاجارة مشروعة على وفق القياس . اعلام الموقعين ٤٥١/١ .

(٥) سورة الطلاق آية رقم ٦ .

(٦) سورة القصص آية رقم ٢٦ ، ٢٧ .

وجه الدلالة من هذه الآية :

ان معنى أن تأجرنى أى ان تكون اجيرا لى أو على ان تجعل عوض انكاحى اياك بنتى رعى غنمى ثمانى حجج أى سنين وهذا يدل على جواز الاجارة لأن شرع من قبلنا شرع لنا مالم يظهر النسخ خاصة اذا قص علينا لا على وجه الأنكار (٧) .

أما السنة فمنها :

١ ـ ما رواه البخارى بسنده الى أبى هريرة رضى الله عنه ـ أنه قال ـ قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : قال تعالى فى الحديث القدسى : « ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة رجل أعطى بى ثم غدر . ورجل باع حرا فأكل ثمنه ورجل استأجر اجيرا فاستوفى منه ولم يوفه أجره » (٨) .

وجه الدلالة من هذا الحديث :

ان الله تبارك وتعالى هدد من لم يعط الأجير أجره بعد أن يستوفى منه منفعته بأن يكون خصمه يوم القيامة والوعيد لا يكون الا على ترك واجب فدل ذلك على وجوب أداء الأجرة عند الاستئجار فبذلك تثبت مشروعية الاجارة .

٢ ـ ما رواه ابن ماجه بسنده الى ابن عباس رضى الله عنهما انه

---

(٧) وهذا هو المذهب المختار عند الحنفية والمالكية ورواية للحنابلة وأما المختار عند الشافعية ورواية للحنابلة فهو أن شرع من قبلنا ليس شرعا لنا ولا يلزمنا العمل به انظر بدائع الصنائع ١٧٣/٤ ، الأحكام للآمدى ١٢٩/٣ ، العضد على ابن الحاجب ٢٨٦/٢ .

(٨) فتح البارى شرح صحيح البخارى ١٣/١٠ طبعة الكليات الأزهرية .

قال ــ قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ــ « أعطوا الأجير اجرته قبل أن يجف عرقه » (٩) •

وجه الدلالة من هذا الحديث :

ان النبى صلى الله عليه وسلم أمر باعطاء الأجرة للأجير قبل أن يجف عرقه وهذا كناية عن وجوب الاسراع باداء أجر الأجير فكان ذلك دليلا على مشروعية الاجارة •

وأما المعقول : فهو أن الضرورة تقتضى اجازة الاجارة لأن الناس فى حاجة الى المنافع كما هم فى حاجة الى شراء الأعيـــان فكما أباح الله تبارك وتعالى العقد على الأعيان بالبيع فوجب القول باجازة العقد على المنافع بالاجارة •

وذهب بعض العلمـــاء ومنهم ابن علية والأصـــم والقاشـــانى والنهروانى (١٠) الى عـــدم جواز الاجارة وذلك لأن الاجارة ترد على المنافع وهى معدومة وقت العقد, المعدوم لا يكون محلا للعقد لاشتماله على غرر يفضى الى نزاع •

ويناقش ذلك ــ بان ذلك مخالف لما ثبت بالنص الشرعى فلا يلتفت اليـــه •

المبحث الثانى : الاستئجار على القرب التى تتعلق بعين المكلف :

ويشتمل هذا المبحث على القرب التى تتعلق بذات المـــكلف وهى التى يكون الطلب فيها متوجها من الشارع الى المكلف ليقوم بها سواء كانت مالية كالزكاة وذبح الأضحية والهدى وتوزيعها أم بدنية كالصلاة والصيام أم تتصف بكونها مالية وبدنية معا كالحج وسوف أتناول ذلك فى ثلاثة مطالب على النحو التالى :

---

(٩) سنن ابن ماجه ٢/٤٤ طبعةالحلبى •

(١٠) المغنى لابن قدامة ٥/٤٣٣ ، بدائع الصنائع ٥/٢٥٥٤ مطبعة الامام •

المطلب الأول : الاستئجار على القرب المالية :

اتفق الفقهاء على أن القربات المالية المحضة كتوزيع الزكاة وذبح الأضحية والهدى وتوزيع الصدقات والكفارات وما الى ذلك من أنواع القربات المالية يصح الاستئجار عليها (١) وذلك لما يأتى :

١ ــ ما رواه مسلم بسنده الى على كرم الله وجهه أنه قال ــ أمرنى النبى صلى الله عليه وسلم أن أقوم على بُدْنِه وأن أقسم بُدْنَه كلها جلودها وجلالها وأن لا أعطى الجازر منها شيئا وقال نحن نعطيه من عندنا » (٢) .

وجه الدلالة من هذا الحديث واضحة فى :

أن النبى صلى الله عليه وسلم أناب غيره فى توزيع الهدى والقيام على ذبحه واذا جازت الانابة فى ذلك جاز الاستئجار عليها خاصة وأنها عبادات مالية تعلق التكليف فيها بايصال المال الى مستحقيه وذلك لا يتوقف على أداء المكلف بنفسه يضاف الى ذلك أن النبى صلى الله عليه وسلم صرح بأنه سيعطى الجازر من عنده وليس ما سيعطيه اياه الا أجرا مقابل اجارة بعمل محدد .

---

(١) مجمع الأنهر على ملتقى الأبحر ٣٠٧/١ طبعة سنة ١٣٢٧ ، فتح القدير للكمال بن الهمام ج ٢ /٣٥٩ ، ج ٣ /١٤٣ طبعة الحلبى ، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ١٢١/٢ طبعة الحلبى ، مواهب الجليل للحطاب ٤١٨/٥ طبعة مطبعة النجاح بليبيا ، المجموع للنووى ٤٣٠/٦ طبعة العاصمة ، كشاف القناع ٢٦١/٢ طبعة دار الفكر / المحلى لابن حزم الظاهرى ١٩١/٨ طبعة المكتب التجارى للطباعة والنشر .

وهؤلاء الفقهاء يشترطون فى الاجارة على هذه القرب جميع الشروط التى يشترطونها فى أى اجارة أخرى .

(٢) صحيح مسلم ٩٥٤/٢ طبعة الحلبى .

٢ ـ ما رواه البخاري ـ من أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يبعث عماله لقبض الزكاة وتفريقها فقد بعث معـاذ بن جبل رضى الله عنه الى اليمن وقال له أعلمهم أن عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد على فقرائهم فان هم أطاعوك بذلك فاياك وكرائم أموالهم واتق دعوة المظلوم فانه ليس بينها وبين الله حجاب (٣) .

وجه الدلالة من هذا الحديث :

هو أن هذا الحديث يدل على أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يجيز الانابة فى جمع الزكاة ودفعها لمسـتحقيها واذا جازت الانابة فى ذلك جازت الاجارة عليها ومعلوم أن هؤلاء العمال كانوا يعطون أرزاقا من بيت المال مما حدا بالبعض أن يطلب القيـام بهذا العمل مقـابل ما يجرى عليه من الرزق (٤) .

ويناقش هذا : بأن هناك فارقا بين الأجرة من جهة وبين الارزاق وسهم الصدقة من جهة أخرى اذ الأجرة لا يجوز فيها الجهل بالمقـدار وذلك بخلاف الأرزاق وسهم الصدقة وعلى هـذا فلا يصح القيـاس هنـا (٥) .

ويجاب عن هذا من وجهين :

الوجه الأول : بأنه لا يسلم أن الأرزاق وسهم الصدقة مجهولان بل هما معلوما القدر بنسبة معينة تخضع للكم الوارد لبيت المال .

---

(٣) صحيح البخارى ١٣٠/٢ طبعة الحلبى .

(٤) سنن أبى داود ٩/٣ كتاب الامارة والفىء والخراج .

(٥) وقد فرق الامام النووى رضى الله عنه بين الأرزاق من بيت المال على الامامة والقضاء وتعليم العلم الواجب كفائيا وغيرها وبين الاجارة على هذه الأعمال انظر الروضة للامام النووى ٦٥/٤ .

الوجه الثانى : وعلى فرض التسليم بأن الأرزاق وسهم الصدقة مجهولان بالنظر الى أن الوارد الى بيت المـال مجهـول الا أن بعض الفقهاء وهم المالكية والزيدية والامامية اجازوا الاجارة على نسبة من الناتج عن المعقود عليه اذا كان مقدرا فى الجملة » (٦) .

٣ ـ ان هذه العبادات عبادات مالية محضـة لا تحتاج الى أن يفعلها الانسان بنفسه لأن الملاحظ فيها فقط هو بذل المال وايصاله الى أصحابه ومستحقيه فيجوز الاستئجار عليها خاصة اذا تعذر فعلها على صاحبها بنفسه .

المطلب الثانى : الاستئجار على القرب البدنية
وفيه ثلاثة فروع

الفرع الأول : الاستئجار للصلاة والصيام عن الحى :

اتفق الفقهاء على أنه لا يجوز للحى أن يسـتأجر من يؤدى عنه الصلاة أو الصيام (٧) واستدلوا على ذلك بالأثر والمعقول :

أما الأثر : فما رواه البيهقى بسنده الى ابن عبـاس رضى الله عنهما أنه قال « لا يصلى أحد عن أحـد ولا يصوم أحـد عن أحد ». وروى مثل ذلك عن ابن عمر رضى الله عنهما » (٨) .

---

(٦) وذلك بخلاف الحنفيـة والشافعية والحنـابلة القائلين بعدم جواز ذلك انظر تكملة فتح القدير ١٠٧/٩ ، نهاية المحتاج ٣٢٢/٥ ، المغنى لابن قدامة ٣٢٨/٥ ، الشرح الكبير للامام الدردير ٩/٤ ، تحرير الأحكام ٢٤٤/٢ ، شرح الأزهار للزيدية ٢٨٨/٣ .

(٧) بدائع الصنائع للكاسانى ٢٦٠٥/٦ طبعة العاصمة ، مجمع الأنهر ٣٠٧/١ ، فتح القدير ٣٥٩/٢ ، الشرح الكبير للامام الدردير مع الحاشية ٥٣٠/١ ، مغنى المحتاج شرح المنهاج ٣٤٤/٢ ، المغنى لابن قدامة ١٤٣/٣ ، المحلى لابن حزم الظاهرى ١٩١/٨ .

(٨) سنن البيهقى ٢٥٧/٤ طبعة المعارف النظامية حيدر آباد .

وجه الدلالة من هذا الأثر :

هو أن « لا » فى الأثر نافية وهى موجهة الى صحة العمل لا الى الماهية والذات فيكون المعنى لا يصح أن يصلى أحد عن أحد ولا يصح أن يصوم أحد عن أحد فيدل ذلك على المدعى — يضاف الى ذلك ان هذا مما لا يقال فيه بالرأى وان الميت يستثنى بالادلة الأخرى التى سيأتى بيانها بعد •

أما المعقول : فهو أن هذه العبادات بدنية يتوقف أصل حصولها على النية وأن المقصود منها امتحان عين المكلف بها — وغيره لا يقوم مقامه فيها وكذلك الخضوع بها لله عز وجل والتوجه اليه والتذلل بين يديه والانقياد لحكمه وعمارة القلب بذكره ولا يحصل ذلك الا من المكلف بنفسه فلا يجوز الاستئجار عليها (٩) •

الفرع الثانى : الاستئجار للصلاة عن الميت :

اختلف الفقهاء فى جواز استئجار من يصلى عن الميت على مذهبين :

ذهب جمهور الفقهاء ومنهم الحنفية والمالكية والحنابلة وجمهور الشافعية الى انه لا يجوز الاستئجار للصلاة عن الميت سواء كانت الصلاة التى فاتته فرضا أم نفلا (١٠) وذلك قياسا على عدم جواز الاستئجار عليها بالنسبة للحى بجامع أن كلا صلاة تعلقت بعين المكلف يضاف الى ذلك ماسبق ذكره من ادلة الاتفاقية السابقة •

---

(٩) مغنى المحتاج شرح المنهاج ٣٤٤/٢ طبعة الحلبى •

(١٠) بدائع الصنائع ٢٦٠٥/٦ ، مجمع الأنهر ٣٠٧/١ ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ٣٠٩/١ طبعة الحلبى ، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ٥٣٠/١ والمجموع للنووى ٤٣٠/٦ ، مغنى المحتاج ٣٤٤/٢ ، المغنى لابن قدامة ١٤٣/٣ •

وذهب الظاهرية وبعض الشافعية والأوزاعى واسحاق بن راهويه الى أنه يجوز للولى أن يصلى عن الميت سواء كانت الصلاة فرضا أم نفلا فان أبى الولى أن يقوم بها عن الميت استؤجر من مال الميت من يقوم بادائها عنه وقد وافقهم الحنابلة فى صلاة النذر فقط وذلك لأنها دين الله سبحانه وتعالى ودين الله يجب أداؤه (١١) .

وأرى أن ماذهب اليه جمهور الفقهاء هو الأولى بالقبول لما ذكروه – يضاف الى ذلك أن هذا الرأى يحقق المقصود من العبادة فيندفع المكلف الى أدائها ولا يعتمد على ثروته التى يمكن أن يوصى باستئجار من يؤدى عنه الصلاة فلا يتحقق مقصود العبادة التى هى اختبار عين المكلف وتهذيب نفسه واصلاح قلبه .

الفرع الثالث : الاستئجار للصيام عن الميت :

اختلف الفقهاء فى جواز الاستئجار للصيام عن الميت على مذهبين :

ذهب جمهور الفقهاء ومنهم الحنفية والمالكية والزيدية والشافعى فى مذهبه الجديد الى أنه لا يجوز الاستئجار للصيام عن الميت ووافقهم الحنابلة فيما اذا كان الصيام من رمضان (١٢) .

وذهب الظاهرية والشافعى فى القديم الى أنه يجوز الاستئجار للصوم عن الميت مطلقا ووافقهم الحنابلة فيما اذا كان الصيام نذرا (١٣) .

---

(١١) المحلى لابن حزم ١٩١/٨ ، المجموع للنووى ٤٣٠/٦ ، المغنى لابن قدامة ١٤٣/٣ .

(١٢) فتح القدير ٣٥٩/٢ ، بداية المجتهد ٣٠٩/١ ، اللمعة الدمشقية ١٢٢/٣ والمهذب للشيرازى ٤٠٩/١ طبعة الحلبى ، المغنى لابن قدامة ١٤٣/٣ .

(١٣) المحلى لابن حزم ١٩١/٨ ، المهذب للشيرازى ٤٠٩/١ ، المغنى لابن قدامة ١٤٣/٣ – الا أن الظاهرية قالوا انما يجوز الاستئجار فى حالة عدم وجود ولى يصوم عن ميته .

ـ الأدلة ـ

استدل القائلون بأنه لا يجوز الاستئجار للصيام عن الميت بالسنة والأثر والمعقول :

أما السنة : فما رواه ابن ماجه بسنده الى ابن عمر رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « من مات وعليه صيام فليطعم عنه مكان كل يوم مسكينا » (١٤) ٠

وجه الدلالة من هذا الحديث :

هو أن النبى صلى الله عليه وسلم أخبر أن الذى يموت وعليه صيام فالواجب أن يطعم عنه ولو كانت النيابة عن الميت فى الصيام جائزة لبين ذلك النبى صلى الله عليه وسلم اذ لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة اليه فدل ذلك على أنه لا يجوز الاستئجار للصيام عن الميت من باب أولى ٠

ويناقش هذا : بأنه قد رويت احاديث تجيز النيابة فى الصيام عن الميت وسيأتى ذكر طرف منها فى ادلة القائلين بجواز الاستئجار للصيام عن الميت ٠

أما الأثر : فمنه :

١ ـ ما رواه البيهقى بسنده الى السيدة عائشة رضى الله عنها أنها قالت فى شأن الميت الذى مات وعليه صوم « يطعم عنه فى قضاء رمضان ولا يصام » (١٥) ، وقالت أيضا « لا تصوموا عن موتاكم وأطعموا عنهم » ٠

٢ ـ وما رواه البيهقى بسنده الى ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال : « لا يصلى أحد عن أحد ولا يصوم أحد عن أحد » (١٦) ٠

٣ ـ وما رواه البيهقى أيضا بسنده الى ابن عمر رضى الله

---

(١٤) سنن ابن ماجه ١/٥٥٨ طبعة دار احياء الكتب العربية ٠

(١٥) سنن البيهقى ٤/٢٥٧ طبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية ٠

(١٦) سبق تخريجه ٠

عنهما أنه كان اذا سئل عن الرجل يموت وعليه صوم من رمضان أو نذر يقول « لا يصوم أحد عن أحد ولكن تصدقوا عنه من ماله للصوم لكل يوم مسكينا » (١٧) •

فهذه الآثار تدل على أن الصحابة الكرام رضوان الله عليهم كانوا يرون أن من مات وعليه صوم لا يصام عنه ولا يستأجر للصيام عنه بل يطعم وهذا من الأمور التى لا مجال للرأى فيها لأنها أمور تعبدية والأصل فيها التوقيف فلابد من انهم اعتمدوا فى ذلك على سنة صحيحة ثابتة عندهم :

وأما المعقول : فهو أن الصوم لا تدخله النيابة عن الحى فكذلك لا تدخله النيابة عن الميت قياسا على الصلاة بجامع أن كلا عبادة يقصد بها امتحان عين المكلف وعليه فلا يجوز الاستئجار للصيام عن الميت (١٨) • ق

واستدل القائلون بأنه يجوز الاستئجار للصيام من الميت بالسنة منها •

١ ـ ما رواه مسلم بسنده الى ابن عباس رضى الله عنهما قال جاءت امرأة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يارسول الله ان أمى ماتت وعليها صوم نذر أفأصوم عنها؟ قال أفرأيت لو كان على أمك دين فقضيته أكان يؤدى ذلك عنها؟ قالت نعم قال فصومى عن أمك(١٩)•

٢ ـ ما رواه أبو داود بسنده الى ابن عباس رضى الله عنهما أن امرأة ركبت البحر فنذرت ان نجاها الله ان تصوم شهرا فنجاها الله سبحانه وتعالى فلم تصم حتى ماتت فجاءت بنتها أو أختها الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمرها أن تصوم عنها(٢٠) •

---

(١٧) سنن البيهقى ٢٥٧/٤ طبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية •
(١٨) المهذب للشيرازى ٤٠٩/١ طبعة الحلبى •
(١٩) صحيح مسلم ٨٠٤/٢ مطبعة عيسى الحلبى •
(٢٠) سنن أبى داود ٢١٢/٢ طبعة مصطفى الحلبى •

وجه الدلالة من هذين الحديثين :

هو أن النبى صلى الله عليه وسلم أمر البنت أن تصوم عما ثبت فى ذمة أمها من صيام نذر فدل ذلك على جواز الصيام عما فات الميت من فريضة كصيام رمضان قياسا عما ثبت فى النذر بجامع أن كلا صوم واجب ثبت فى الذمة .

ويناقش هذا : بأن القياس هنا قياس مع الفـــارق فلا يصح لأن النذر أوجبه الانسان على نفسه وذلك بخلاف صيام شهر رمضان فان الذى أوجبه هو الله سبحانه وتعالى فامتحان عين المكلف فيه أظهر .

٣ ــ وما رواه البخارى بسنده الى السيدة عائشة رضى الله عنها عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « من مات وعليه صوم صام عنه وليه »(٢١) .

وجه الدلالة من هذا الحديث :

هو أن النبى صلى الله عليه وسلم أجاز النيابة عن الميت فى الصيام وما جازت النيابة فيه جاز الاستئجار لأدائه :

الرأى المختـــار :

وبعد فاننى أرى أنه يمكن التـــوفيق بين أدلة القائلين بجـــواز الاستئجار للصيام عن الميت وأدلة القائلين بعدم جواز ذلك بأن نحمل أحاديث جواز الصيام نيابة عن الميت على صيام النذر والنفل وأحاديث عدم جواز النيابة على صيام الفريضة .

ومما يدعم ذلك ما رواه البيهقى بسنده الى ابن عباس رضى الله عنهما أنه سئل عن رجل مات وعليه نذر يصوم شهرا وعليه صـــوم رمضان ؟ قال أما رمضان فليطعم عنه وأما النذر فيصام عنه(٢٢) .

---

(٢١) صحيح البخارى ٤/١٣٨ طبعة دار الشعب .
(٢٢) سنن البيهقى ٤/٢٥٧ .

المطلب الثـــالث

الاستئجار على القرب الموصوفة بكونها مالية وبدنية معـــا وهى الحج وفيه فرعان :

الفرع الأول : الاستئجار الحج عن الصحيح القادر :

اتفق الأئمة على أن الشخص الصحيح القادر على السفر الى الحج ليس له أن يستأجر غيره فى الحج الواجب المفروض عليـــه(٢٣) وذلك لأن الحج فرض عين على كل مستطيع لقول الله تبارك وتعالى « ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه ســـبيلا ومن كفر فان الله غنى عن العالمين »(٢٤) •

وجه الدلالة من الآية الكريمة :

ان هذه الآية تدل بمنطوقها على أن المستطيع واجب عليه أن يحج البيت فلو أناب أو استأجر غيره لم يصدق عليه انه حج البيت •

وبما رواه الامام أحمد بن حنبل بسنده الى ابن عباس رضى الله عنهما انه قال خطبنا النبى صلى الله عليه وسلم فقال أيها الناس ان الله كتب عليكم الحج فحجوا قال فقام الأقرع بن حابس فقال : فى كل عام يا رسول الله؟ قال لو قلتها لوجبت ولو وجبت لم تعملوا بها أو لم تستطيعوا أن تعملوا بها فمن زاد فهو تطوع »(٢٥) •

---

(٢٣) الاختيار لتعليل المختار للموصلى ٧٧/٢ ط الحلبى ، الشرح الكبير للامام الدردير ١٨/٢ طبعة الحلبى ، المهذب للشيرازى ١٩٩/١. والمغنى لابن قدامة ٢٣١/٣ ، المحلى لابن حزم ١٩٢/٨ •

(٢٤) سورة آل عمران آية رقم ٩٧ •

(٢٥) الفتح الربانى على مسند الامام أحمـــد ١٥/١١ طبعة احيـــاء التراث العربى •

وجه الدلالة من هذا الحديث :

دل هذا الحديث على أن الحج واجب على المكلف فى العمر مرة واحدة مادام مستطيعا — ودل أيضا على أن المكلفين بالحج لايستطيعون فعله فى كل عام وعدم الاستطاعة هنا بدنى فقط — اذ عدم المال يسقط التكليف بالحج من أصله اذن فعدم مشروعية الوجوب سنويا جاء لرفع الحرج البدنى فقط فدل ذلك على أن النيابة بالحج لاتجوز لأنها لو جازت لكانت الاستطاعة متوفرة سنويا اما بفعل المكلف ذلك بنفسه واما بانابة غيره عنه وحينئذ فلا يكون لقوله صلى الله عليه وسلم « لم تستطيعوا أن تعملوا بها » وجه •

كما أن جمهور الفقهاء ذهبوا الى انه يجوز استئجار من يحج عن الميت فى حالة ايصائه بذلك ويكون ذلك من ثلث ماله(٢٦) لقول النبى صلى الله عليه وسلم ان الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم زيادة فى أعمالكم فضعوه حيث شئتم »(٢٧) •

ولأن الميت قد التزم شرعا بأداء الحج فى حياته فيجب على الموصى لهم تنفيذ ذلك •

الفرع الثانى : الاستئجار الحج عن العاجز والميت :

اختلف الفقهاء فى جواز الاستئجار للحج عن العاجز والميت على مذهبين :

---

(٢٦) نفس المراجع السابقة — الا أن هناك رواية عند المالكية لا تجوز الحج عن الميت ولو أوصى بذلك — انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ١٩/٢ طبعة الحلبى •

(٢٧) شرح معانى الآثار للطحاوى ٣٧٩/٤ ، سنن ابن ماجة ٩٠٤/٢ طبعة المكتبة العلمية بيروت •

فذهب الجمهور ومنهم الحنفية والمالكية(٢٨) وهو المشهور عند الحنابلة الى أنه لا يجوز الاستئجار للحج عن الميت والعاجز(٢٩) .

وذهب الشافعية والظاهرية والحنابلة فى غير المشهور الى انه يجوز الاستئجار للحج عن العاجز(٣٠) والميت(٣١) مطلقا .

الأدلـــة

استدل القائلون بعدم جواز الاستئجار للحج عن الميت والعاجز بما يأتى :

---

(٢٨) ومع قول الحنفية بأنه لا يجوز الاستئجار للحج الا أنهم قالوا تجوز النيابة فى الحج ولو بأجر بشرط ألا يقول المنوب عنه للنائب أستأجرتك بكذا ولو قال ذلك بطلت الاجارة وبقى الأمر بالحج ووجب للأجير أجرة المثل وحج المنوب عنه ، انظر حاشية ابن عابدين ٢/٢٤٠ طبعة دار احياء التراث العربى ، وعند المالكية لا تصح النيابة فى حج الفريضة لا بأجر ولا بغيره وعليه فلا يجوز الاستئجار للحج واذا وقع وقع فاسدا ووجب فسخ العقد واذا أتم المستأجر الحج استحق أجرة المثل والا فلا وأما بالنسبة للاستئجار عن حج النافلة والنذر فانه يجوز عندهم مع الكراهة . انظر الشرح الكبير مع الحاشية ٢/١٩ طبعة الحلبى .

(٢٩) بدائع الصنائع ٦/٢٦٠٥ ومجمع الأنهر ١/٣٠٧ ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ٢/٣٣١ ، الشرح الكبير للامام الدردير ٢/١٩ والمغنى لابن قدامة ٣/٢٣١ طبعة مكتبة ابن تيمية .

(٣٠) واشترط هؤلاء لجواز الاستئجار للحج عن العاجز أن يكون العجز غير مرجو الزوال وكان لديه مال ووجد من يستأجره بأجر المثل فان كان العجز مرجو الزوال فلا يجوز الاستئجار وان عدم المال أو الأجير بأجر المثل فهو غير مستطيع فلا يجب عليه الحج . انظر المهذب للشيرازى ١/١٩٩ طبعة الحلبى ، مغنى المحتاج شرح المنهاج ٢/٣٤٤ ط الحلبى .

(٣١) مغنى المحتاج ٢/٣٤٤ ، المحلى لابن حزم الظاهرى ٨/١٩٢ ، المغنى لابن قدامة ٣/٢٣١ ، المبدع شرح المقنع ٥/٩٠ طبعة المكتب الاسلامى

١ ــ قول الله تبارك وتعالى « ولله على النـــاس حج البيت من استطاع اليه سبيلا »(٣٢) .

وجه الدلالة من هذه الآية :

هو أن الله سبحانه وتعالى علق وجوب الحج على الاســتطاعة فالعاجز لا يجب عليه الحج وعليه فلا يجوز الاستئجار للحج عنه . كما أن قوله « من استطاع » بدل من قوله « على النـــاس » فكأن الآية صريحة فىأنالحج مطلوب عينا ممن استطاع فمن عجز لا يجب عليه الحج وبالتالى لا يشرع فى حقه الانابة والاجارة ، فهما متفرعان عن الوجوب :

ويناقش هذا :

بأن هذا الكلام غير مسلم لأنه مصادرة على المطلوب فان عــدم التكليف بالحج للعاجز به بدنيا مع وجود القدرة المالية للانابة والإجارة هو عين المدعى أو لازمه ــ فنحن ندعى أنه مستطيع بالغير لقــدرته ماليا فيجب عليه الحج .

كما أنه يجــوز الاســتئجار لأداء بعض للنوافل كالحــج غير الواجب والعمرة مع أنهما غير واجبين عليه .

٢ ــ أن الحج واجب عينى والواجب العينى يقصد به امتحــان المكلف واظهار خضوعه لله عز وجل وامتثاله له والأجير لا يقوم مقام المستأجر فى ذلك .

ويناقش هذا :

بأنه من المسلم أن الحج واجب عينى ولكن مسألتنا فيمن طــرأ عليه عجز أو وفاة ولم يؤد ما عليه وأراد أن يبرىء ذمته أمــام الله عز وجل وليس أمامه سوى أن يستأجر من يحج عنه اذا لم يجد من

---

(٣٢) سورة آل عمران ٩٧ .

ينوب عنه بلا أجر فكان هذا هو الطريق الذى ينبغى فتحه أمام العاجز أو أولياء الميت حتى يكفروا عنه ما صدر منــه من تفريط فى جنب الله عز وجل •

٣ ــ أن الحج قربة والقربة اذا وقعت كانت لمن فعلها ولذلك فان أهليته معتبرة فى أداء القربة واذا كان الأمر كذلك فلا يجوز له أخــذ الأجر على ما فعل لأن القربة ستقع له •

ويناقش هذا :

بأنه غير مسلم الا فى حالة ما اذا نوى فاعل القربة الفعل لنفسه اما اذا نواه لغيره فانه لا يقع له كما هو الحال فى الحج عند الحنفية والحنابلة فانه يقع لمن نوى له وكذا الحال عنــد المالكية فى حال النفل والنــذر •

٤ ــ كما أنه يمكن قياس عدم جواز الاستئجار للحج عن العاجز والميت على عدم جــواز ذلك فى الصــلاة والصيام بجــامع أن كلا فرض عين •

ويناقش هذا :

بأنه قياس مع الفارق فلا يصح اذ من شروط المقيس عليــه أن يكون أمرا منصوصا عليه أو مجمعا عليه فى الراجح عند الأصوليين والفقهاء ومقابله مرجوح لا يعول عليه • وقد اختلف هنــا فى جواز الاستئجار للصلاة والصيام عن العاجز والميت كما مر بيانه •

واستدل القائلون بجواز الاســتئجار للحج عن العــاجز والميت مطلقا بما يأتى :

١ ــ ما رواه البخارى بسنده الى ابن عباس رضى الله عنهما أن امرأة من خثعم قالت يا رسول الله ان فريضة الله على عباده فى الحج

أدركت أبى شيخا كبيرا لا يستطيع أن يثبت على الراحلة أفأحج عنه قال ــ نعم » وذلك فى حجة الوداع(٣٣) ٠

وجه الدلالة من هذا الحديث :

هو أن النبى صلى الله عليه وسلم اذن للمرأة أن تحج عن أبيها الذى عجز عن أداء فريضة الحج واذا جاز لها أن تحج عن أبيها جاز لها أن تستأجر للحج عنه وذلك لأن كلا أداء فرض عين عن الغير ٠

٢ ــ ما رواه البخارى بسنده عن ابن عباس رضى الله عنهما أن امرأة من جهينة جاءت الى النبى صلى الله عليه وسلم فقالت ان أمى نذرت أن تحج فلم تحج حتى ماتت أفأحج عنها ؟ ، فقال ــ نعم حجى عنها أرأيت لو كان على أمك دين أكنت قاضيته اقضوا الله فالله أحق بالوفاء »(٣٤) ٠

وجه الدلالة من هذا الحديث :

هو أن النبى صلى الله عليه وسلم شبه الحج الذى هو دين الله بدين الادمى بجــامع أن كلا واجب الأداء فاذا كان أداء دين الأدمى من أى شخص يسقط المساءلة(٣٥) عن الميت فكذا الحال فى الحج الذى هو دين الله فيدخل الأجير فى ذلك الأداء ٠

---

(٣٣) صحيح البخارى ٢٣/٣ ٠

(٣٤) صحيح البخارى ٢٣/٣ ٠

(٣٥) يدل على ذلك ما رواه البخارى بسنده الى سـلمة بن الأكوع أن النبى صلى الله عليه وسلم أتى برجل ليصلى عليه فقال هل عليه دين ؟ قالوا نعم ديناران قال هل ترك لهما وفاء؟ ــ قالوا لا فتأخر فقيل لم لاتصلى عليه؟ فقال صلى الله عليه وسلم ــ ما تنفعه صلاتى وذمته مرهونة الا أن قام أحدكم فضمنه فقام أبو قتادة ــ فقال ــ هما على يا رسول الله فصلى عليه النبى صلى الله عليه وسلم ــ صحيح البخارى ٣٧٣/٥ ، مسند الامام أحمد ٨٩/١٥ ٠

٣ ـ لم يأت نهى من النبى صلى الله عليه وسلم عن الاستئجار للحج عن العاجز أو الميت فيكون الاستئجار عليه جائزا لدخوله فى عموم(٣٦) ما ورد فى جواز المؤاجرة مثل قول النبى صلى الله عليه وسلم ـ اعطوا الأجير أجرته قبل أن يجف عرقه(٣٧) •

فهذه الأحاديث وغيرها أمرت باعطاء الأجير حقه دون تأخير وذلك يدل على جواز الاستئجار ولم يستثن الحج منها فدل ذلك على أنه داخل فى عمومها •

٢ ـ يجوز الاستئجار على الحج قياسا على جواز أخذ النفقة عنه بجامع أن كلا مال دفع لأداء فريضة الحج(٣٨) •

٣ ـ يجوز الاستئجار على الحج قياسا على جواز الاستئجار على بناء المساجد والقناطر وما شاكل ذلك بجامع عجز المستأجر عن القيام بهذه القرب بنفسه(٣٩) •

ويناقش هذا :

بأنه قياس مع الفارق فلا يصح وذلك لأن بناء المساجد والقناطر ليس بفرض على شخص بعينه بخلاف الحج فانه واجب عينى كما أنه لو لم يجز الاستئجار على بناء القناطر والمساجد وما شاكلهما لسد باب البناء اذ لا يستطاع ذلك فى العادة الا بالاستئجار وذلك بخلاف الحج •

---

(٣٦) المحلى لابن حزم الظاهرى ١٩٢/٨ طبعة المكتب التجارى للطباعة والنشر •

(٣٧) سنن ابن ماجه ٤٤/٢ طبعة دار احياء الكتب العربية •

(٣٨) المغنى لابن قدامة ٢٣٠/٣ طبعة مكتبة ابن تيمية •

(٣٩) المغنى لابن قدامة ٢٣٠/٣ طبعة مكتبة ابن تيمية •

الرأى المختار :

وبعد فاننى أرى أن ما ذهب اليه القائلون بأن الاستئجار على الحج بالنسبة للعاجز عنه والميت جائز هو الأولى بالقبــول وذلك لما ذكروه من أدلة ورد دليل المخالف يضاف الى ذلك أن هذا الرأى يتفق مع روح الشريعة التى تفتح دائما الباب أمام المقصرين ليتــداركوا ما فاتهم وترغيبا لهم فى الانابة الى ربهم من ذلك فتح باب التــوبة أمام المسلم ما لم يغرغر فاذا أفاق وتاب الى الله وثاب الى رشــده وأراد أن يتــدارك ما فاته من فريضــة الحج ولم يستطع لمرضــه أو شيخوخته فانه يفتح أمامه باب الاستئجار ويكون هذا الاستئجار دليلا على صدق توبته حيث ســيبذل ــ فوق نفقات الحج التى كان سيتكلفها لو كان سيحج بنفسه ــ أجرة الأجير خاصة اذا لم يجد من يحج عنه بطريق النيابة دون الاستئجار .

واذا كنت قد اخترت انه يجــوز الاستئجار للحج عن العــاجز والميت فانه ينبغى التنبيه على أن القائلين بهذا الرأى قد اشــترطوا شروطا معينة فى الأجير وهى :

١ ــ أن يكون الأجير مكلفا . بحيث يصح حجه لنفسه لأن حجه اذا لم يصح لنفسه فلا يصح لغــيره وعليه فلا يجوز حج الصــبى ولا المجنون لقول النبى صلى الله عليه وسلم ــ رفع القلم عن ثلاث عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبى حتى يحتلم وعن المجنون حتى يعقل وفى رواية أخرى يفيق »(٤٠) .

٢ ــ أن يكون الأجــير قد حــج عن نفســه(٤١) وذلك لما رواه أبو داود بسنده الى ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى صلى الله

---

(٤٠) سنن أبى داود ٢/٢٢٨ كتاب الحدود .

(٤١) المجموع شرح المهذب للشيرازى ٧/٩٢ ؛ المغنى لابن قدامة ٣/٢٣١ .

عليه وسلم سمع رجلا يقول لبيك عن شبرمة قال ومن شبرمة ؟ قال أخ لى أو قريب لى قال حججت عن نفسك ؟ قال — لا قال حج عن نفسك ثم حج عن شبرمة(٤٢) .

فهذا الحديث يدل على أن النائب فى الحج ينبغى أن يكون قد حج عن نفسه فيقاس عليه الأجير بجامع أن كلا يؤدى عبادة عن غيره .

ومن الجدير بالذكر أنه يجوز استئجار المرأة للحج عن الرجل واستئجار الرجل للحج عن المرأة من باب أولى لكمال حجة هذا عند القائلين بجواز الاستئجار للحج .

المبحث الثانى

الاستئجار على القرب التى لا تتعلق بعين المكلف

والقرب التى لا تتعلق بعين المكلف هى التى تكون على الكفاية أى اذا قام بها البعض سقط الاثم عن الباقين وحاز القائم بها الفضل والمثوبة مثل الامامة والأذان وتغسيل الميت والصلاة عليه وتعليم القرآن الكريم وسائر العلوم الدينية وما الى ذلك من فروض الكفاية التى لا يتوقف أصل حصولها على النية .

وقد اختلف الفقهاء فى جواز أخذ الأجرة على القيام بهذه الأعمال على مذهبين :

فذهب المالكية والشافعية(١) والظاهرية(٢) وهو القول غير

---

(٤٢) سنن أبى داود ٤٢١/١ طبعة مصطفى البابى الحلبى .

(١) وقال الشافعى فى الأم . فى شأن استئجار المؤذن — أحب أن يكون المؤذنون متطوعين وليس للامام أن يرزقهم وهو يجد من يؤذن متطوعا ممن له أمانة الا أن يرزقهم من ماله قال ولا أحسب أحدا ببلد كثير الأهل يعوزه أن يجد مؤذنا أمينا يؤذن متطوعا فان لم يجده فلا بأس أن

المشهور عند الحنابلة واليه ذهب متأخرو الحنفية الى أنه يجوز الاستئجار لهذه القرب وأمثالها ووافقهم الامامية فى تعليم القرآن الكريم والصلاة على الميت مع الكراهة(٣) ٠

وذهب متقدمو الحنفية وهو المشهور فى مذهب الحنابلة الى عدم جواز الاستئجار لهذه القرب وأمثالها ووافقهم الزيدية فى الأصح عندهم فى كل قربة(٤) ٠

يرزق مؤذنا ولا يرزقه الا من خمس الخمس ٠ انظر الأم ٧٢ طبعة الشعب وقال الامام الأوزاعى يجوز أن يجاعل على الآذان ولا يؤاجر عليه انظر الفتح الربانى على مسند الامام أحمد ٢٧/٣ ٠

(٢) الظاهرية ـ قالوا يجوز للامام « أى امام المسلمين » أن يعطى المؤذن والامام من أموال المسلمين على وجه الصلة أن يستأجرهما أهل المسجد على الحضور معهم عند حلول أوقات الصلاة فقط مدة مسماة فاذا حضر تعين الأذان والامامة على من يقوم بهما ـ انظر المحلى لابن حزم ١٩١/٨ طبعة المكتب التجارى للطباعة والنشر بيروت ٠

(٣) الفواكه الدوانى ١٦٤/٢ طبعة الحلبى ، مواهب الجليل للحطاب ٤١٨/٥ طبعة دار الفكر ، جواهر الاكليل ١٨٨/٢ طبعة الحلبى ، نهاية المحتاج ٢٩١/٥ طبعة الحلبى ، مغنى المحتاج شرح المنهاج ٣٤٤/٢ طبعة الحلبى والمحلى لابن حزم الظاهرى ١٩٣/٨ ، المغنى لابن قدامة ٢٣١/٣ طبعة مكتبة ابن تيمية ، وتحرير الأحكام ٢٣٣/١ طبعة القاهرة ٠

بل ان متأخرى الحنفية استحسنوا أخذ الأجرة على تعليم القرآن الكريم والفقه والآذان وذلك لأن الناس قد تركوا تعليمهما حسبة لله سبحانه وتعالى ٠ انظر مجمع الأنهر على ملتقى الأبحر ٣٨٤/٢ طبعة احياء التراث ٠

(٤) العناية شرح الهداية للعينى ٩٣٧/٧ طبعة دار الفكر ، بدائع الصنائع ٢٦٠٥/٦ طبعة الامام ، المبدع شرح المقنع ٩٠/٥ طبعة المكتب الاسلامى ، المغنى لابن قدامة ٢٣١/٣ وحاشية ابن عابدين ٢٤٠/٢ طبعة احياء التراث العربى ، الغرة المنيفة فى تحقيق الامام أبى حنيفة ص ١١٧ طبعة مؤسسة الكتب الثقافية ٠

ـ الأدلة ـ

استدل القائلون بجواز الاستئجار لهذه القرب بالسنة والآثار والمعقول • أما السنة فمنها :

١ ـ ما رواه البخارى بسنده الى ابن عباس رضى الله عنهما قال : ان نفرا من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم مروا بماء فيهم لديغ أو سليم فعرض لهم رجل من أهل الماء فقال هل فيكم من راق فان فى الماء رجلا لديغا أو سليما فانطلق رجل منهم فقرأ بفاتحة الكتاب على شاة فجاء بالشاة الى أصحابه فكرهوا ذلك وقالوا أخذ على كتاب الله أجرا حتى قدموا المدينة فقالوا يا رسول الله ـ أخذ على كتاب الله أجرا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان أحق ما أخذتم عليه أجرا كتاب الله(٥) •

وجه الدلالة من هذا الحديث :

هو أن قول النبى صلى الله عليه وسلم ان أحق ما أخذتم عليه أجرا كتاب الله دليل على جواز أخذ الأجر على تعليم القرآن ويلحق به كل ما فى معناه كتعليم سائر العلوم الدينية •

٢ ـ ما رواه البخارى بسنده الى أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه أنه رقى رجلا بفاتحة الكتاب على جعل فبرىء الرجل وأخذ أبو سعيد وأصحابه الجعل فأتوا به الى رسول الله صلى الله عليهوسلم فأخبروه وسألوه فقال صلى الله عليه وسلم لأبى سعيد لقد أكلت برقية حق كلوا واضربوا لى معكم بسهم(٦) •

وجه الدلالة من هذا الحديث :

أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أقر أخذ الجعل على الرقية

---

(٥) فتح البارى شرح صحيح البخارى ١٠/١٨ ط الكليات الازهرية

(٦) فتح البارى شرح صحيح البخارى ١٠/٢١ ط نفس الطبعة •

بفاتحة الكتاب فيجوز الاستئجار على تعليم القرآن بجامع أن كلا عوض في مقابلة قراءة القرآن اذ لا فرق بين قراءة القرآن للتعليم وقراءته الرقية بل أخذ الأجرة على التعليم أولى لاحتياجه الى جهد ووقت .

وقد نوقش هذا من ثلاثة أوجه :

الوجه الأول : ان أخذ الأجرة فى هذا الحديث كان على الرقية وهى نوع من المداواة ولا خلاف فى جواز أخذ الأجرة على المداواة .

وأجيب عن هذا :

بأن قراءة القرآن للتعليم غرض صحيح مقصود فجاز بذل المال فى مقابله كقراءة القرآن للمداواة بل هو أولى لما فيه من منفعة للمسلمين .

الوجه الثانى : أن هذا لم يكن من باب الاجارة بل هو من باب الجعالة وهناك فرق بين الاجارة والجعالة . فالجعالة أوسع من الاجارة ولذا جازت مع جهالة العمل .

وأجيب عن هذا :

بأنه ليس هناك فرق بين الجعالة والاجارة هنا فى هذا المقام لأن فى كل منهما أخذ عوض فى مقابل قراءة القرآن الكريم وهذا متفق عليه فيهما .

الوجه الثالث : أن المراد بالأجر فى الحديثين هو الثواب من الله عز وجل .

وأجيب عن هذا :

بأنه ليس المراد بالأجر فى الحديثين الثواب بدليل ما ورد فيهما من أخذ الصحابى للشاة وقول النبى صلى الله عليه وسلم اضربوا لى معكم بسهم .

٣ ــ ما رواه البخارى بسنده الى سهل بن سعد أن النبى صلى الله عليه وسلم جاءته امرأة فقالت يا رسول الله انى قد وهبت نفسى لك فقامت قياما طويلا فقام رجل فقال يا رسول الله زوجنيها ان لم يكن لك بها حاجة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هل عندك من شيء تصدقها اياه ؟ فقال ما عندى الا ازارى هذا فقال النبى صلى الله عليه وسلم ان أعطيتها ازارك جلست لا ازار لك فالتمس شيئا فقال ما أجد شيئا فقال التمس ولو خاتما من حديد فالتمس فلم يجد شيئا فقال له النبى صلى الله عليه وسلم هل معك من القرآن شيء قال نعم سورة كذا وسورة كذا لسور يسميها فقال له النبى صلى الله عليه وسلم قد زوجتكها بما معك من القرآن(٧) •

وجه الدلالة من هذا الحديث :

هو أن قول النبى صلى الله عليه وسلم زوجتكها بما معك من القرآن ــ معناه زوجتك اياها على أن تعلمها ما معك من القرآن فقد جعل النبى صلى الله عليه وسلم تعليم القرآن عوضا عن المهر فيدل ذلك على جواز اعطاء العوض فى مقابل تعليم القرآن ويقاس على ذلك بقية القرب •

ويناقش هذا :

بأنه لا يسلم أن يكون تعليم القرآن الكريم مهرا لزوجة وما روى فى هذا محمول على أن النبى صلى الله عليه وسلم زوج الرجل بلا مهر اكراما له ولعلمه بحاله •

ويجاب عن هذا :

بأن النبى صلى الله عليه وسلم ورد عنه أنه قال للرجل حين ظهر عجزه المادى : اذهب فقد ملكتكها بما معك من القرآن(٨) •

---

(٧) صحيح البخارى ٩/٧ نفس الطبعة السابقة •

(٨) سنن أبى داود ٤٨٧/١ طبعة دار احياء السنة المحمدية •

وهذا الكلام يحتمل أمرين :

الأمر الأول : أن الرسول صلى الله عليه وسلم جعل مهر المرأة أن يعلمها الرجل ما معه من القرآن •

والأمر الثانى : هو أن الرسول صلى الله عليه وسلم زوج الرجل بلا مهر اكراما له ، ولكن الأمر الأول أولى بالقبول لان النبى صلى الله عليه وسلم ورد عنه فى بعض الروايات أنه قال للرجل : انطلق فقد زوجتكها فعلمها من القرآن(٩) •

وفى رواية أخرى عنه أنه قال له : فعلمها عشرين آية(١٠) فدل هذا على وجوب التعليم على الرجل وما ذلك الا لأنه مهرها ولعدم جواز النكاح بغير مهر •

أما الأثر : فمنه ما روى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه كان يرزق المعلمين ، فقد روى عنه ابراهيم بن سعيد أنه كتب الى عماله أن أعطوا الناس على تعليم القرآن الكريم(١١) •

أما المعقول فمنه :

١ ــ قياس جواز أخذ الأجرة على تعليم القرآن على جواز أخذها على بناء المساجد والقناطر بجامع أن كلا فرض كفاية(١٢) •

٢ ــ قياس الاجارة على القرب على عقد النكاح بجامع أن كلا عقد أحد العوضين فيه منفعة فاذا جاز جعل تعليم القرآن الكريم عوضا فى عقد النكاح جاز أخذ الأجرة على تعليمه •

---

(٩) صحيح مسلم ١٠٤/٢ نفس الطبعة السابقة •
(١٠) سنن أبى داود ٤٨٧/١ نفس الطبعة السابقة •
(١١) نصب الراية لأحاديث الهداية للزيلعى ١٣٨/٤ الطبعة الأولى للمجلس العلمى •
(١٢) المغنى لابن قدامة ٢٣١/٣ طبعة مكتبة ابن تيمية •

ويناقش هذا :

بأنه قياس مع الفارق فلا يصح اذ أن المهر فى عقد النكاح ليس عوضا محضا وانما وجب عطية وصلة ولهذا جاز خلو العقد عن تسميته، وصح النكاح مع فساد التسمية فى المهر •

ويجاب عن هذا :

بأن الشارع الحكيم جعل تعليم القرآن الكريم منفعة مالية لأن النبى صلى الله عليه وسلم جعله صداقا وقد دل قول الله تعالى :
« وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين »(١٣) •

على اعتبار المالية فى الصداق — واذا كان تعليم القرآن منفعة لها قيمة فى اعتبار الشارع جاز جعلها أجرة فقياس الاجارة على النكاح انما هو باعتبار أن تعليم القرآن منفعة مالية وهذا جاءه ، فى الاجارة عنه فى النكاح(١٤) •

واستدل القائلون بعدم جواز الاستئجار لهذه القرب بالسنه والاثار والمعقول :

أما السنة : فمنها :

١ — ما رواه أبو داود وابن ماجه بسنديهما الى عبادة بن الصامت أنه قال علمت ناسا من أهل الصفة الكتابة والقرآن فأهدى الى رجل منهم قوسا فقلت ليست لى بمال ، فأرمى عليها فى سبيل الله — لآتين رسول الله صلى الله عليه وسلم فلأسألنه فأتيته فقلت يا رسول الله رجل أهدى الى قوسا ممن كنت أعلمه الكتابة والقرآن وليست لى بمال

---

(١٣) سورة النساء آية ٢٤ •

(١٤) الجامع لأحكام القرآن الكريم للقرطبى ٤٩٨٩/٧ طبعة الشعب

فأرمى عليها فى سبيل الله فقال ان كنت تحب أن تطوق طوقا من نار فاقبلها(١٥) ٠

وجه الدلالة من هذا الحديث :

أن رسول الله صلى الله عليه وسلم توعد من يأخذ أجرا على تعليم القرآن بتطويقه طوقا من نار بما أخذ ولا وعيد الا على ارتكاب محرم وتقاس عليه سائر القرب التى على شاكلته ٠

وقد نوقش هذا من وجهين :

الوجه الأول : أن هذا الحديث ضعيف لأن فى سنده المغيرة بن زياد وهو مستنكر الحديث وفيه أيضا الأسود بن ثعلبة وهو مجهول — وحديث هذا شأنه لا يقوى على معارضة الأحاديث الصحيحة التى ورد ذكرها فى أدلة المجيزين(١٦) ٠

الوجه الثانى : لو سلمت صحة هذا الحديث فهو محمول على أن عبادة بن الصامت كان متبرعا بعمله هذا فليس هذا من باب الاجارة ويؤيده قول عبادة « فأهدى » فالرسول صلى الله عليه وسلم لم يتوعد آخذ العوض وانما توعد من أبطل تبرعه واحسانه كما أن أخذ الأجرة من أهل الصفة بخصوصهم دناءة لأنهم كانوا ناسا فقراء يعيشون على ما يقدمه اليهم المحسنون من الصدقات ولا يلزم من تحريم أخذ الأجر منهم تحريمه مطلقا(١٧) ٠

٢ — ما رواه الامام أحمد بسنده الى عبد الرحمن بن شبل الأنصارى قال سمعت رسول الله صلى الله عليه سلم يقول : «اقرؤوا

---

(١٥) سنن أبى داود ٣/٢٦٤ ط دار احياء السنة المحمدية ، سنن ابن ماجه ٢/١٢ ط المكتبة العلمية بيروت ٠

(١٦) تلخيص الحبير فى تخريج أحاديث الرافعى الكبير ٤/٩ ط المدينة المنورة ، نيل الأوطار للشوكانى ٥/٣٢٤ ط مصطفى البابى الحلبى

(١٧) نيل الأوطار للشوكانى ٥/٣٢٢ ط مصطفى البابى الحلبى ٠

القرآن ولا تغلوا فيه ولا تجفوا عنه ولا تأكلوا به ولا تستكثروا به »(١٨) .

وجه الدلالة من هذا الحديث :

أن قول النبى صلى الله عليه وسلم ولا تأكلوا به دليل على عدم جواز أخذ الأجرة على تعليم القرآن .

وقد نوقش هذا :

بأن هذا الدليل أخص من المدعى وذلك لأن المنع من التأكل بالقرآن لا يستلزم المنع من قبول ما دفعه المتعلم بطيب نفس .

٣ ـ ما رواه الامام أحمد بسنده الى عمران بن حصين عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « اقرؤوا القرآن واسألوا الله به فان من بعدكم قوما يقرؤون القرآن يسألون به الناس »(١٩) .

وجه الدلالة من هذا الحديث :

هو أن قول النبى صلى الله عليه وسلم اقرؤوا القرآن واسألوا الله به ... الخ دليل على أنه ينبغى طلب الأجر من الله سبحانه وتعالى وعدم أخذه من الناس .

وقد نوقش هذا :

بأنه ليس فى الحديث الا تحريم السؤال بالقرآن وهو غير اتخاذ الأجر على تعليمه فالذى يعلم القرآن على أنه لله ويأخذ من المتعلم ما يدفعه اليه بغير سؤال ولا استشراف نفس فلا بأس به .

---

(١٨) الفتح الربانى لترتيب مسند الامام أحمد ١٥/١٢٥ طبعة دار احياء التراث العربى .

(١٩) الفتح الربانى لترتيب مسند الامام أحمد ١٥/١٢٥ طبعة دار احياء التراث العربى .

٤ ـ وما رواه أبو داود والامام أحمد بسنديهما الى عثمان بن أبى العاص أنه قال يا رسول الله اجعلنى امام قومى قال أنت امامهم واقتد باضعفهم واتخذ مؤذنا لا يأخذ على أذانه أجرا »(٢٠) .

فهذا الحديث يدل دلالة صريحة على عدم جواز أخذ الأجر على الأذان ويقاس على ذلك ما فى معناه من القرب كالامامة وغير ذلك .

وقد نوقش هذا :

بأن هذا الحديث ضعيف فلا يجوز الاحتجاج به .

وأجيب عن ذلك :

بأن هذا الحديث أخرجه أصحاب السنن الأربعة بطرق مختلفة وهذه الطرق يقوى بعضها بعضا وقال الترمذى انه حديث حسن صحيح .

أما الأثار : فمنها ما أخرجه ابن عدى فى الكامل عن حماد بن زيد عن يحيى البكاء قال سمعت رجلا قال لابن عمر رضى الله عنهما انى أحبك فى الله فقال له ابن عمر رضى الله عنهما وأنا أبغضك فى الله قال سبحان الله أنا أحبك فى الله وانت تبغضنى فى الله قال نعم فانك تأخذ على أذانك أجرا »(٢١) .

ويناقش هذا :

بأنه قول صحابى فلا يكون حجة على غيره وقد روى ما يناقض ذلك وهو أن سيدنا عمر رضى الله عنه كان يرزق المعلمين ويأمر عماله بذلك وكذلك ما روى عن أبى محذورة انه قال فألقى على رسول الله

---

(٢٠) سنن أبى داود ٣٦٣/١ طبعة محمد على ، سنن الترمذى ١١/١ طبعة الحلبى والفتح الربانى للشيخ أحمد عبد الرحمن البنا٢٧/٣

(٢١) نصب الراية لأحاديث الهداية ١٣٩/٤ الطبعة الأولى للمجلس العلمى .

صلى الله عليه وسلم الاذان فأذنت ثم أعطانى حين قضيت التـأذين صرة فيها شىء من فضة(٢٢) ٠

ويجاب عن ذلك :

بأن ما أعطاه سيدنا عمر رضى الله عنه للمعلمين ما هو الا رزق والرزق غير الأجرة لأن الرزق يكون من بيت المـال أما الأجرة فهى تكون من الأشخاص ويمكن حمل ما أعطاه النبى صلى الله عليه وسلم لأبى محذورة على انه هدية لانه لو كان أجرا لحدده قبل أداء الاذان ٠

ويرد على هـذا :

بأن الكل يؤخذ عوضا عن قربة يقدمها الانسان لغيره فلا وجه للتفريق بينهما هنا ٠

وأما المعقول : فمنه :

١ ــ أن المنفعة فى التعليم غير مقدور على تسليمها فلا تصـح الاجارة عليها ٠ وبيان ذلك أن المعلم لا يقدر على التعليم الا بمعنى من قبل المتعلم وهو قابليته للتعلم والمعلم لا يقدر على تسليم المعنى الذى من جانب المتعلم ٠

وقد نوقش هذا :

بأنه ان أريد أن المعلم لا يستقل فى التعليم بشىء أصـلا فهذا ممنوع لأن المعلم يقوم بالتلقين والالقاء وهذا مقدور على تسليمه لأنه فعل المعلم وان أريد أن للمتعلم أيضـا مدخلا فى ظهور أثر التعـليم وفائدته فان المتعلم ما لم يأخذ ما ألقاه المعلـم ولم يفهم ما لقنـه لم يظهر للتعليم أثر فهذا مسلم ولكن الذى يلتزمه المعلم انمـا هو فعل نفسه مما يقدر عليه لا فعل غيره ولا مانع من أخذ الأجرة على فعل نفسه ٠

---

(٢٢) الفتح الربانى للشيخ عبد الرحمن البنا ٢٧/٣ ٠

٢ ـ أن تعليم القرآن الكريم والعلوم الدينية قربة وهى متى حصلت وقعت عن فاعلها فلا يجوز له أخذ الأجرة من غيره عليها قياسا على الصلاة والصيام عن الحى ٠

وقد نوقش هذا :

بأنه قياس مع الفارق فلا يصح وذلك لأن الصلاة والصيام عن الحى لا تصح فيهما النيابة فلا يجوز الإستئجار عليهما لأنه يتوقف أصل حصولهما على النية فتكون متوقفة على صاحبها بخلاف تعليم القرآن الكريم وسائر العلوم الشرعية ٠

٣ ـ أن الاخلاص شرط فى العبادة وأخذ الأجر ينافى الاخلاص ٠

وقد نوقش هذا :

بأنه غير مسلم لأن الاخلاص أمر باطنى لا تتعلق به الأحكام الشرعية وهو من باب الحكمة وشأن الشرع أن يضيف الاحكام الى العلل لكونها منضبطة بخلاف الحكمة ٠

الرأى المختار :

وبعد فاننى أرى أنه يجوز أخذ الاجرة على القيام بفروض الكفاية لما ذكر من أدلة يضاف الى ذلك أن الأخذ بهذا الرأى فيه مصلحة لأن الناس قد تهاونوا وانشغلوا عن الأمور الدينية واعرضوا عن تقديم ذلك النوع من التعليم حسبة لله عز وجل ولانشغالهم بالسعى على معايشهم فلو لم يعطوا أجرا لظلوا على اعراضهم فيقل تعليم القرآن الكريم والعلوم الدينية واقامة فروض الكفاية الأخرى وبذلك يشيع الجهل بالدين بين الناس ويأثمون بترك فروض الكفاية وفى ذلك بلاء وشر مستطير يلحق هذه الأمة ٠

والله أعلم

الخـــاتمة

اللهم ارزقنا حسنها

فى أهم النتائج التى توصلت اليها من خلال هذا البحث وهى :

١ ـــ وصول ثواب الدعاء والصدقة الى الموتى .

٢ ـــ ان أوصى الميت قبل موته بشىء من القرب فقـــام الورثة بتنفيذها وصل ذلك اليه .

٣ ـــ وصول ثواب النوافل وقراءة القرآن وجميع القرب التى يهدى ثوابها الى الموتى .

٤ ـــ ان مقدم هذه القربات لا يحرم من الثواب بل ثوابه عظيم

٥ ـــ يجوز البكاء على الميت قبل دفنه وبعده بشرط ألا يصحب البكاء نوحا أو جزعا ولا يعذب الميت بذلك ولكن يعذب أن أوصى بذلك أو صحب البكاء نوحا وجزعا ولطما للخدود وما الى ذلك من أفعـــال الجاهلية .

٦ ـــ زيارة القبور مستحبة للرجال والنساء على حد سواء مادامت خالية من الأفعال المنهى عنها شرعا ومستجمعة لآداب الزيارة .

٧ ـــ أن الموتى يسمعون كلام الاحياء وهم يتكلمون فى قبورهم وينعمون ويعذبون .

٨ ـــ ان الاجارة مشروعة بالكتاب والسنة والاجماع .

٩ ـــ ان العبادات والقربات المـــالية المحضـــة من الزكاة وذبح الأضحية والهدى وما الى ذلك من أنواع القـــربات المالية يصـــح الاستئجار عليها .

١٠ ــ لا يجوز للحى أن يستأجر من يؤدى عنه الصلاة أو الصيام

١١ ــ لا يجوز الاستئجار للصلاة عن الميت سواء كانت الصلاة التى فاتته فرضا أو نفلا •

١٢ ــ انه يجوز الاستئجار للصيام عن الميت ان كان الصيام صيام نذر ولا يجوز ان كان الصيام صيام فريضة •

١٣ ــ ان الشخص الصحيح القادر على السفر الى الحج ليس له أن يستأجر غيره فى الحج الواجب المفروض عليه •

١٤ ــ ان الاستئجار على الحج بالنسبة للعاجز عنه والميت جائز سواء أوصى بذلك أو لم يوص •

١٥ ــ يجوز الاســتئجار على القرب التى لا تتعلق بعين المكلف كالامامة والاذان وتعليم القرآن الكريم وسائر العلوم الدينية وما الى ذلك من فروض الكفاية التى لا يتوقف أصل حصولها على نية •

والله أعلم

مراجع البحث

مراجع اللغــة :

١ ـ القاموس المحيط للفيروزأبادى •

٢ ـ لسان العرب لابن منظور •

مراجع القرآن والتفسير :

١ ـ القرآن الكريم •

٢ ـ تفسير الفخر الرازى طبعة دار الفكر بيروت •

٣ ـ الجامع لأحكام القرآن الكريم للقرطبى طبعة دار الشعب •

٤ ـ روح المعانى للامام الألوسى طبعة المطبعة المنيرية بالقاهرة •

مراجع الحديث :

١ ـ الترغيب والترهيب للحافظ المنذرى طبعة مطبعة السعادة •

٢ ـ تلخيص الحبـير فى تخريج أحاديث الرافعى الكبير طبعة المدينـة المنورة •

٣ ـ سنن ابن ماجه طبعة دار احياء الكتب العربية •

٤ ـ سنن البيهقى طبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية •

٥ ـ سنن أبى داود طبعة مصطفى الحلبى •

٦ ـ سنن الترمذى ط مصطفى الحلبى •

٧ ـ سنن النسائى ط المطبعة العلمية بيروت •

٨ ـ صحيح البخارى طبعة دار الشعب •

٩ ـ صحيح مسلم ط عيسى الحلبى •

١٠ ـ زاد المعاد فى هدى خير العباد تحقيق شعيب الارنوط ط مؤسسه الرســالة •

١١ ـ شرح معانى الآثار للطحاوى ط دار المعرفة بيروت •

١٢ ـ نصب الراية لأحاديث الهـداية للزيلعى الطبعـة الأولى للمجلس العلمى •

١٣ ـ نيل الأوطار للشوكانى طبعة مصطفى البابى الحلبى •

مراجع الفقه وأصوله :

الفقـه الحنفى :

١ ـ الاختيار لتعليل المختار للموصلى طبعة مصطفى الحلبى .
٢ ـ البحر الرائق شرح كنز الدقائق طبعة دار الكتب المصرية .
٣ ـ بدائع الصنائع للكاسانى طبعة الامام ، العاصمة .
٤ ـ رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين طبعة دار احياء التراث العـربى .
٥ ـ فتح القدير للكمال بن الهمام طبعة الحلبى .
٦ ـ مجمع الأنهر على ملتقى الأبحر طبعة سنة ١٣٢٧هـ .
٧ ـ مراقى الفلاح شرح نور الايضاح للشرنبلالى طبعة الحلبى .
٨ ـ العناية شرح الهداية للعينى ط دار الفكر .

مراجع المـالكية :

١ ـ بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد طبعة الحلبى .
٢ ـ بلغة السالك لأقرب المسالك طبعة المطبعة العامرة .
٣ ـ جواهر الاكليل لصالح الأزهرى طبعة الحلبى .
٤ ـ حاشية الدسوقى مع الشرح الكبير للامام الدردير طبعة الحلبى .
٥ ـ مواهب الجليل للحطاب طبعة مكتبة النجاح بليبيا .

مراجع الشـافعية :

١ ـ المجموع شرح المهذب للإمام النووى طبعة العاصمة .
٢ ـ الفتاوى لابن حجر ط الحلبى .
٣ ـ قليوب وعميرة شرح المنهاج للمحلى طبعة الحلبى .
٤ ـ مغنى المحتاج شرح المنهاج للخطيب الشربينى طبعة الحلبى .
٥ ـ المهذب للشيرازى طبعة الحلبى .
٦ ـ نهاية المحتاج شرح المنهاج للرملى طبعة الحلبى .

مراجع الحنـابلة :

١ ـ كشاف القناع للبهوتى طبعة مكتبة النصر الحديثة .
٢ ـ المبدع شرح المقنع لابن مفلح المؤرخ الحنبلى طبعة المكتب الاسلامى .
٣ ـ المغنى لابن قدامة المقدسى طبعة ـ القاهرة ـ ومكتبة ابن تيمية .

٤ ـ مجموع فتاوى ابن تيمية طبعة مكتبة ابن تيمية .

مراجع الظاهرية :

١ ـ المحلى لابن حزم الظاهرى طبعة المكتب التجارى للطباعة والنشر.

مراجع الامامية :

١ ـ اللمعة الدمشقية طبعة منشورات جامعة النجف الدينية .

٢ ـ تحرير الأحكام طبعة القاهرة .

مراجع الزيدية :

١ ـ شرح الأزهار طبعة حجازى بالقاهرة .

الأصول :

١ ـ الموافقات للامام الشاطبى طبعة دار المعرفة بيروت .

مراجع أخرى :

١ ـ التذكرة فى أحوال الموتى وأمور الآخرة للقرطبى طبعة مكتبة التوفيقية .

٢ ـ حقيقة التوسل والوسيلة للشيخ موسى محمد على ط دار التراث العربى .

٣ ـ الرد المحكم المتين على كتاب القول المبين لأبى الفضل عبد الله الغمارى طبعة مكتبة القاهرة .

٤ ـ الروح لابن القيم طبعة مكتبة المدنى .

٥ ـ فتاوى ابن الصلاح .

٦ ـ الغرة المنيفة فى تحقيق الامام أبى حنيفة ط مؤسسة الكتب الثقافية .

٧ ـ الخلاصة الفقهية على مذهب السادة المالكية لمحمد العربى القروى ط دار القلم .

٨ ـ اختلاف الحديث للامام الشافعى ط دار الكتب العلمية .

إحياء الأراضى الموات غير المملوكة للأفراد
فى الفقه الاسلامى

الدكتور سعد محمد حسن أبو عبدة

مدرس بقسم الفقه العام بالكلية

المقـــدمة :

الحمد لله رب العـــالمين ، والعاقبة للمتقين ، ولا عدوان الا على الظالمين ، وأصلى وأسلم على خاتم الأنبياء والمرسلين ، ســـيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين .

وبعــــــد

فان الاسلام حث على طلب الرزق وتنمية الأموال ، ورغب فيها ، بل وأمر بها فى محكم كتابه ، وعلى لسان رسوله صلى الله عليه وسلم ، فقال عز وجل : « هو الذى جعل لكم الأرض ذلولا فامشوا فى مناكبها وكلوا من رزقه واليه النشور »(١) ويقول سبحانه وتعـــالى : « فاذا قضيت الصلاة فانتشروا فى الأرض وابتغوا من فضـــل الله واذكروا الله كثيرا لعلكم تفلحون »(٢) وقال جل شأنه : « يا أيها الناس كلوا مما فى الأرض حلالا طيبا »(٣) وقد روى عن أبى هريرة ـــ رضى الله عنه ـــ أنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « ان الله طيب لا يقبل الا طيبا ، وان الله أمر المؤمنين بما أمر به المرسلين ، فقال : « يا أيهـــا

---

(١) الآية رقم ١٥ من سورة الملك .

(٢) الآية رقم ١٠ من سورة الجمعة .

(٣) من الآية رقم ١٦٨ من سورة البقرة .

الرسل كلوا من الطيبات واعملوا صالحا انى بما تعملون عليم »(٤) وقال : « يا أيها الذين آمنوا كلوا من طيبات ما رزقناكم »(٥) ... الحديث(٦) .

وعن أنس بن مالك عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « طلب الحلال واجب على كل مسلم »(٧) وعن جابر — رضى الله عنه — قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « ما من مسلم يغرس غرسا الا كان ما أكل منه له صدقة ، وما سرق منه صدقة ، وما أكل السبع منه فهو له صدقة ، وما أكلت الطير فهو له صدقة ، ولا يرزؤه أحد الا كان له صدقة »(٨) ولهذا حث الشارع الحكيم على استصلاح الأراضى واعدادها للزرع أو الغرس أو البناء أو غير ذلك ، لأن الأرض مصدر كل خير ومنبع كل نفع ، ولهذا حث النبى صلى الله عليه وسلم على احياء الأراضى الموات وعمارتها والاستفادة بخيراتها ، فقال عليه الصلاة والسلام : « من أحيا أرضا ميتة فهى له فيها أجر وما أكلت العافية(٩) منها فهو له منها صدقة »(١٠) .

وهذا يدل على مدى اهتمام المشرع الحكيم بهذا الجزء من الثروة .

---

(٤) الآية ٥١ من سورة المؤمنون .

(٥) من الآية رقم ١٧٢ .

(٦) سنن الترمذى (باب ومن سورة البقرة) ٢٢٠/٥ طبعة مصطفى الحلبى بمصر .

(٧) الجامع الصغير للسيوطى ٧٥/٢ ، الطبعة الخامسة ، مطبعة مصطفى الحلبى بمصر .

(٨) صحيح مسلم ٦٧٨/١ مطبعة مصطفى الحلبى بمصر .

(٩) العوافى جمع عافية ، وهى كل مايعتاف الأرض المحياة ويأكل خيرها من انسان أو حيوان أو طير أو سبع .

(١٠) سنن الدارمى (باب من أحيا أرضا ميتة فهى له) ٢٦٧/٢ . نشر دار احياء السنة النبوية .

وضرورة العمل على أن يظل حيا دائما متجدد الحياة ، لأن الموت غير محبب طبعا وعادة ، وما هو غير محبب يجب الابتعاد عنه ، لأن حياتها حياة للانسان ولبقية الكائنات التى تعيش على ما تخرجه الأرض • لهذا عنى الفقه الاسلامى عناية فائقة باستغلال الأراضى ظاهرها وباطنها •

المبحث الأول

تعريف الأرض الموات

أولا : تعريف الأرض الموات فى اللغة :

جاء فى لسان العرب : « الموات : الأرض التى لم تزرع ولم تعمر ولا جرى عليها ملك أحد »(١) • وجاء فى المصباح المنير : « الموات الأرض التى لا مالك لها ولا ينتفع بها أحد »(٢) •

ثانيا : تعريف الأرض الموات عند الفقهاء :

وقد ذكر الفقهاء للأرض الموات تعريفات كثيرة بعضها يجعل العطلة عن الانتفاع بالأرض حدا للموات بصرف النظر عن كون الأرض قريبة من العامر أو بعيدة عنه ، فهؤلاء ينظرون الى الأرض الموات باعتبار ماهيتها وحقيقتها ، فكل ما كان من الأرض معطلا لا حياة ولا استعداد فيه فعلا على الانتاج فهو موات والا فهو عامر •

والبعض الآخر جعل موقع الأرض فى الأصل هو المعيار فى اطلاق اسم الموات عليها ولذلك فقد تكون بعض المواقع مواتا فى حقيقتها ولكنها

---

(١) لسان العرب لابن منظور مادة (موت) ٤٢٩٦/٦ طبعة دار المعارف •

(٢) المصباح المنير ٥٨٤/٢ المكتبة العلمية بيروت ـ لبنان •

لا تعتبر كذلك عند الفقهاء • ومن ثم فيمكن تقسيم هذه التعاريف الى قسمين :

١ ــ تعريفات القسم الأول :

(أ) تعريف الأرض الموات عند الأحناف :

عرف فقهاء الأحناف الأرض الموات بأكثر من تعريف نذكر منها :

١ ــ « الموات ما لا ينتفع به من الأراضى لانقطاع الماء عنه أو لغلبة الماء عليه أو ما أشبه ذلك مما يمنع الزراعة »(٣) •

٢ ــ كما عرفها صاحب كنز الدقائق بقوله : « هى أرض تعذر زرعها لانقطاع الماء عنها أو لغلبته عليها غير مملوكة بعيدة عن العامر »(٤) •

(ب) تعريف الأرض الموات عند المالكية :

كما عرف فقهاء المالكية الأرض الموات بتعريفات كثيرة نذكر منها :

١ ــ عرفها الشيخ الصاوى بقوله : « الموات هو الأرض التى لا مالك لها ولا ينتفع بها »(٥) •

---

(٣) البناية فى شرح الهداية ٤١٧/٩ ، ٤١٨ ، دار الفكر •

(٤) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ٣٤/٦ ، دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت ــ لبنان •

(٥) بلغة السالك لأقرب المسالك الى مذهب الامام مالك ١٨٣/٣ ، دار احياء الكتب العربية (عيسى الحلبى) •

٢ ـ وعرفها الحطاب بقوله : « الموات : الأرض التى ليس لها مالك ولا بها ماء ولا عمارة ولا ينتفع بها »(٦) .

(جـ) تعريف الأرض الموات عند الشافعية :

جاء فى الاقناع : « الموات الأرض التى لا ملك لها ولا ينتفع بها أحد ، وقيل : هو الذى لم يكن عامرا ولا حريما لعامر قرب من العامر أو بعـد »(٧) .

(د) تعريف ارض الموات عند الحنابلة :

وقد عرفها فقهاء الحنابلة بتعريفات نذكر منها :

١ ـ عرفها الأزهرى : « بأنها الأرض التى ليس لها مالك ، ولا بها ماء ، ولا عمارة ، ولا ينتفع بها »(٨) .

٢ ـ وعرفهـا صـاحب الـكافى بقوله : « الأرض الداثرة التى لا يعرف لها مالك »(٩) .

(هـ) تعريف الأرض الموات عند الامامية :

عرف فقهاء الامامية الأرض الموات بأكثر من تعريف نذكر منها :

---

(٦) مواهب لشرح مختصر خليل ٦/٢ ، الطبعة الثانية ١٣٩٨هـ ـ ١٩٧٨م ، دار الفكر .

(٧) الاقناع فى حل ألفاظ أبى شجاع ٧٨/٢ ، دار احيـاء الكتب العربية (عيسى الحلبى) .

(٨) المبدع فى شرح المقنع ٢٤٨/٥ ، المكتب الاسلامى .

(٩) الكافى فى فقه الامام أحمد بن حنبل ٣٤٥/٢ ، الطبعة الرابعة ١٤٠٥هـ ـ ١٩٨٥م ، المكتب الاسلامى .

١ ـ « هى التى لا يملكها أحد ، ولم يتعلق بها حق لأحد،ولاينتفع بها أحد ، لعدم وصول المـاء اليها ، أو لغلبة وفيضانه عليها أو لسوء تربتها ، أو لمـا فيها من العوائق كالأحجار والصخور والأشواك وما الى ذلك مما يحول دون الانتفاع بها »(١٠) •

٢ ـ وقيـل : « الموات : هو القدر الذى لا ينتفع به لعطلته ، اما لانقطاع الماء عنه أو لاستيلاء الماء عليه أو لاستيجامه(١١) أو غير ذلك من موانع الانتفاع »(١٢) •

٢ ـ تعريفات القسم الثانى :

أما أبرز التعريفات التى تمثل القسـم الثـانى فهى التعريفات المنسوبة الى فقهاء الحنفية بشكل خاص ، يقول صاحب البدائع عند تفسيره لأرض الموات : « فالأرض الموات هى أرض خارج البلد لمتكن ملكا لأحد ، ولا حقا له خاصا ، فلا يكون داخل البلد موات أصلا »(١٣) ويقول السرخسى : « وأصح ما قيل فى حد الموات أن يقف الرجل فى طرف العمران فينادى بأعلى صوته فان أى موضع ينتهى صوته يكون من فناء العمران ، لأن سكان ذلك الموضـع يحتـاجون الى ذلك لرعى

(١٠) فقه الامام جعفر الصادق ٤٦/٥ ، دار مكتبة الهـلال بيروت ـ لبنـان •

(١١) الاستيجام : أن يكون كثير القصب ، أو ما اليه مما يمنع من الانتفاع بالأرض ، انظر فقه الامام جعفر الصادق ٤٦/٥ •

(١٢) شرائع الاسـلام فى الفقه الاسـلامى الجعفرى ١٦٨/٢ ، منشورات دار مكتبة الحياة بيروت ـ لبنان ١٩٧٨م •

(١٣) بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع ٣٨٥١/٨ ، الناشر زكريا على يوسف ، مطبعة القاهرة بمصر •

المواشي وما أشبه ذلك »(١٤) . وروى عن أبي يوسف ـ رحمه الله ـ عند وصفه لأرض الموات قوله : « أرض الموات بقعة لو وقف على أدناها من العامر رجل فنادى بأعلى صوته لم يسمعه من العامر »(١٥) ويقول الطحاوي : « وما قرب من العامر فليس بموات »(١٦) وجاء في المادة ١٢٧٠ من مجلة الأحكام العدلية : « هي الأرض التي ليست ملكا لأحد ولا هي مرعى ولا محتطبا لقصبته أو لقرية بعيدة عن أقصى العمران ... بمعنى ان جهير الصوت لا يسمع من أقصى الدور التي في طرف تلك القصبة أو القرية » (١٧) .

ولو أننا دققنا النظر جيدا فيما ذكره الفقهاء في تعريف أرض الموات لوجدنا أن ما ذكره الفقهاء في تعريف أرض الموات في القسم الأول يجعل أرض الموات قاصرا على العطلة عن الانتفاع ، ومع ذلك نرى كثيرا من المواضع معطلة فعلا عن الانتفاع ومع ذلك لا تعتبر في اعداد الأرض الموات ، كالأراضي المحمية غير المستعملة وبعض الأراضي المعدنية ونظائرها .

أما تعريف الفقهاء لأرض الموات في القسم الثاني فانهم يقصرون أرض الموات على الأراضي التي تكون بعيدة عن العمران ، بالاضافة الى أنها ليست ملكا لأحد ، وهذه كلها شروط .

ويمكن أن نستخرج مما ذكره الفقهاء من تعريفات لأرض الموات تعريفا متضمنا لما ذكره الفقهاء في تعريف أرض الموات ، فأقول وبالله

---

(١٤) المبسوط ١٦٦/٢٣ ، الطبعة الثالثة ، دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت ـ لبنان .

(١٥) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ٣٨٥١/٨ .

(١٦) البناية في شرح الهداية ٤١٨/٩ .

(١٧) مجلة الأحكام العدلية المادة ١٢٧٠ .

التوفيق : « الموات : هو الأرض المعطلة عن الانتفـاع والمتجردة عن الحقوق والاختصاصات ، مع عدم استعدادها فعلا للانتاج والاثمار »

المبحث الثانى

تعريف احياء أرض الموات

أولا : تعريف الاحياء فى اللغة :

المراد بالاحياء فى اللغة جعل الشىء حيا ، أى ذا قوة حساسـة أو نامية بعد أن كان متجردا منها ، وينطبق هذا المعنى على الأرض حيث يتم نقل الأرض الموات من هذه الحالة الى حالة الخصب والنمـاء ، وهذا من قبيل المجاز لأن حقيقة الحياة هى نقيض الموت(١) .

جاء فى لسان العرب : « الحى من كل شىء نقيض الموات ، والجمع أحياء ، وأرض حية مخصبة ، وأحيينا الأرض وجدناها حية النبـات غضـة »(٢) .

---

(١) يقول الشيخ البيجورى : المراد باحيـاء الموات عمارة الأرض الميتة ، فشبهوا عمارة الأرض الميتة بالاحيـاء الذى هو ادخال الروح فى الجسد بجامع النفع فى كل ، واستعاروا الاحيـاء من المشبه به للمشبه على طريق الاستعارة التصريحية الأصلية ، أو شبهوا الأرض الميتة بالميت بجامع عدم النفع فى كـل وحذفوا لفظ المشبه به ورمـزوا اليه بشىء من لوازمه وهو الاحياء على طريق الاستعارة بالكناية وذكر الاحيـاء تخييل وهو قرينة المكنية : انظـر حاشـية البيجورى ٣٧/٢ ، ٣٨ ، الطبعة الخامسة ، المطبعة الكبرى ببولاق بمصر ١٣٠٧هـ .

(٢) لسان العرب مادة (حيا) ١٠٧٦/٢ ، وانظر أسـاس البلاغة للزمخشرى ص١٥٠ أساس البلاغة دار صادر بيروت ١٣٨٥هـ ـ ١٩٦٥م مختار الصحاح المطبعة الاميرية بالقـاهرة بمصر ١٣٣٨هـ ـ ١٨٢٠م ، تاج العروس الطبعة الأولى ١٣٠٦هـ المطبعة الخيرية بمصر ، القـاموس المحيط ، مؤسسـة الحلبى للنشر والتـوزيـع بمصر ، ومختـار الصحاح ص ١٦٦ .

وجاء فى تاج العروس : « والحياء من كل شىء ضد الميت ، ومنه قوله تعالى : « وما يستوى الأحياء ولا الأموات ، وأرض حية مخصبة وأحيينا الأرض ، وجدناها خصبة غضة النبات »(٣) .

ثانيا : تعريف الاحياء فى الاصطلاح :

أما الاحياء فى اصطلاح الفقهاء فهو عبارة عن عملية مرحلية يراد بها بعث النشاط والحياة فى الأراضى المجدبة الميتة واعدادها للقيام بمهمتها الأصلية وهى الانتاج ، فالاحياء اذن تهيئة الأرض واعدادها لعملية الانتاج .

يقول الطحطاوى فى حاشيته : « المراد بالاحياء جعل الأرض صالحة لانماء الزرع بعد أن لم تكن كذلك ، لأن احياء كل شىء بما يليق به »(٤) .

وعرفه ابن عرفة بقوله : « الاحياء لقب لتعمير داثر الأرض بما يقتضى عدم انصراف المعمر انتفاعه بها »(٥) . ويقول الشيخ البيجورى . « المراد باحياء الموات عمارة الأرض الميتة »(٦) ويقول الشوكانى : « الاحياء أن يعمد شخص الى أرض لم يتقدم ملك عليها لأحد فيحييها بالسقى أو الزرع أو الغرس أو البناء »(٧) .

---

(٣) تاج العروس فصل الحاء باب الواو والياء ١٠٥/١٠ ، وانظر القاموس المحيط فصل الحاء باب الواو والياء ٣٢١/٤ ، ٣٢٢ ومجمل اللغة ٢٥٨/١ مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع .

(٤) حاشية الطحطاوى على الدر المختار ٢١٤/٤ ، طبعة بولاق بمصر ١٢٨٢ هـ .

(٥) حاشية البنانى بهامش شرح الزرقانى على مختصر خليل ٦٤/٧ دار الفكر بيروت ــ لبنان ١٣٩٨هـ ــ ١٩٧٨م .

(٦) حاشية البيجورى ٣٧/٢ .

(٧) نيل الأوطار ٣٠٣/٥ ، الطبعة الأولى ١٣٥٧هـ ، المطبعة العثمانية المصرية .

المبحث الثالث

حكم احياء الأرض الموات

احياء الأرض الموات جائز(١) • والدليل على جوازه ما روى عن جابر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من أحيا أرضا ميتة فله فيها أجر وما أكله العوافى منها فهو له صدقه(٢)» ، يقول الشيخ سليمان البيجرمى تعقيبا على هذا الحديث « فهو له صدقة أى يثاب عليه كثواب الصدقة وان كان فى مقابلة عملهم ولا يتوقف ذلك على نية ، بل يثاب على ذلك ولو لم ينو وكان ذلك لغرض نفسه ، لأن الاحياء سنة ، وما كان واجبا أو سنة لا يتوقف حصول الثواب فيه على

---

(١) جاء فى مجمع الأنهر : ومشروعيته ـ أى مشروعية احيا الأرض الموات ـ بقوله عليه الصلاة والسلام « من أحيا أرضا ميته فهى له » مجمع الأنهر ٥٥٧/٢ ، دار الطباعة العامرة ١٣١٩هـ •

ويقول الحطاب ضمن حديثه عن احيــاء الأرض الموات : « وحكمه جائز وهى سبب الملك » مواهب الجليل ٢/٦ ، وجاء فى تكملة المجموع : « يستحب احيــاء الموات » تكملة المجموع ٤٥٦/١٤ تكملة المجمــوع ، الناشر زكريا على يوسف ، مطبعة القاهرة بمصر •

ويقول صاحب الكافى : « ويجوز الاحياء من كل من يملك المــال » الكافى فى فقه الامام أحمد بن حنبل ٤٣٦/٢ •

(٢) مختصر سنن أبى داود ٣٦٥/٤ ، والعوافى طلاب الرزق من الناس والحيوانات والطيور وكل حى يناله نفع من هذا الاصلاح ، نهاية المحتاج ٣٣١/٥ وحاشية الشبراسلى عليه •

وقال أبو عبيد : العافية من الســباع والطير والنــاس وكل شىء يعتافه ، الأموال ص٣٦٢ مختصر سنن أبى داود ، مطبعة السنة المحمدية نهــاية المحتــاج ، الطبعة الأخيرة ١٣٨٦هـ ـ ١٩٦٧م ، مطبعة مصطفى الحلبى بمصر •

نية »(٣) • وقوله صلى الله عليه وسلم : « من أحيا أرضا ميتة فهى له »(٤) • وقد أجمع الفقهاء(٥) على جواز احياء الأرض الموات •

الفصل الأول

شروط احياء أرض الموات

ويتضمن ثلاثة مباحث :

المبحث الأول

اذن الامام فى احياء أرض الموات

اختلف الفقهاء فى احياء أرض الموات التى ليست ملكا لأحد ، وفى نفس الوقت غير منتفع بها بأى وجه من وجوه الانتفاع ، هل يتوقف احياء هذه الأراضى وتعميرها على صدور اذن من الامام أم لا ؟ على ثلاثة آراء :

الرأى الأول :

أن احياء الأراضى الموات التى ليست ملكا لأحد ، وغير منتفع بها بأى وجه من وجوه الانتفاع لا يتوقف احياؤها وتعميرها على صدور اذن من الامام ، بل يجوز لأى فرد احياء هذه الأراضى وتعميرها ولو أم

---

(٣) حاشية البجيرمى ٣/٢٠٩ ، مطبعة بولاق بمصر ١٢٩٢هـ، سنن الترمذى الطبعة الثانية ١٣٩٨هـ ـ ١٩٧٨م مطبعة مصطفى الحلبى بمصر •

(٤) سنن الترمذى ٣/٦٥٥ ، ومسند الامام أحمد بن حنبل ٣/٣٣٨ ، ٣٥٦ ، ٣٨١ ، دار الفكر العربى •

(٥) منهج الطلاب بهامش حاشية البجيرمى ٣/٢٠٩ ، والمغنى لابن قدامة ٦/١٤٧ ، دار الكتب العلمية بيروت ـ لبنان •

بإذن الامام سواء كانت هذه الأراضى قريبة من العمران أم بعيدة عنها والى هذا ذهب أبو يوسف ومحمد من الحنفية(١) ، وبعض فقهاء المالكية(٢) ، ورأى عند الشافعية(٣) ، والحنابلة(٤) ، والظاهرية(٥)، وبعض فقهاء الزيدية(٦) ، والامامية فى حالة غياب الامام(٧) .

أدلة الرأى الأول :

وقد استدل أصحاب هذا الرأى على جواز احياء الأرض الموات التى ليست ملكا لأحد وغير منتفع بها بأى وجه من الوجوه بدون اذن الامام بما يأتى :

---

(١) يقول السرخسى : « وعند أبى يوسف ومحمد ـ رحمهما الله ـ لاحاجة فيه الى اذن الامام ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم قد أذن فى ذلك وملكها ممن أحياها » المبسوط ١٦٧/٢٣ وانظر بدائع الصنائع ٣٨٣٥/١٠

(٢) « وقال أشهب وكثير من أصحابنا وغيرهم يحيها من شاء بغير اذنه قاله سحنون » شرح الزرقانى على الموطأ ٢٩/٤ ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع واستحب أشهب إذن الامام لئلا يكون فيه ضرر على أحد ، انظر المرجع السابق .

(٣) وجاء فى تكملة المجموع : « ويجوز ذلك من غير اذن الامام للخبر » تكملة المجموع ٤٥٦/١٤ لكن يستحب اذن الامام خروجا من الخلاف ، انظر مغنى المحتاج ٣٦١/٢ ، مطبعة مصطفى الحلبى ١٣٧٧هـ ـ ١٩٥٨م .

(٤) ويقول صاحب الكافى : « ولا يفتقر الى اذن الامام للخبر » الكافى فى فقه الامام أحمد بن حنبل ٤٣٥/٢ .

(٥) يقول ابن حزم : « كل أرض لامالك لها ولا يعرف أنها عمرت فى الاسلام فهى لمن سبق اليها وأحياها سواء باذن الامام فعل ذلك أو بغير اذنه ، لا اذن فى ذلك للامام ولا للأمير » انظر المحلى لابن حزم ٢٣٣/٨ دار الآفاق الجديدة بيروت ـ لبنان .

(٦) البحر الزخار ٧١/٤ مؤسسة الرسالة بيروت ـ لبنان .

(٧) شرائع الاسلام فى الفقه الاسلامى الجعفرى ١٦٧/٢ .

أولا : ما روى عن سعيد بن زيد — رضى الله عنهما — عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « من أحيا أرضا ميتة فهى له وليس لعرق ظالم حق »(٨) .

ثانيا : ما روى عن أم المؤمنين عائشة — رضى الله عنها — أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من أعمر أرضا ليست لأحد فهو أحق »(٩) .

ثالثا : ما روى عن جابر بن عبد الله — رضى الله عنه — أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من أحيا أرضا ميتة له فيها أجر وما أكلت العافية منها فهو له منها صدقة »(١٠) .

رابعا : ما روى عن فضالة بن عبيد قال : قال رسول الله صلى الله

---

(٨) سنن أبى داود (باب فى احياء الموات) ١٧٤/٢ ، وسنن الترمذى (باب ماذكر فى احياء أرض الموات) ٦٥٣/٣ ، سنن أبى داود الطبعة الثانية ١٤٠٣هـ — ١٩٨٣م ، مطبعة مصطفى الحلبى بمصر ، الموطأ ، دار احياء الكتب العربية (عيسى الحلبى) والموطأ (باب القضاء فى عمارات الموات) ٧٤٣/٢ ، والعرق الظالم : أن يغرس الرجل فى أرض غيره فيستحقها بذلك . وقال مالك : والعرق الظالم كل ما أخذ أو احتفر أو غرس بغير حق . سنن أبى داود ١٧٥/٢ ، والموطأ ٧٤٣/٢ وقيل العرق الظالم : الغاصب الذى يأخذ ماليس له . سنن الترمذى ٦٥٤/٣ . وقال القاضى عياض : أصل العرق الظالم فى الغرس يغرسه فى الأرض غير ربها ليستوجبها به ، شرح الزرقانى على الموطأ ٢٩/٤ .

(٩) صحيح البخارى (باب من أحيا أرضا مواتا) ١٤٠/٣ ، دار الشعب ، قال عروة : قضى به عمر فى خلافته . انظر المرجع السابق .

(١٠) سنن الدارمى (باب من أحيا أرضا ميتة فهى له) ٢٦٧/٢ ، نشر دار احياء السنة النبوية .

عليه وسلم : « الأرض لله والعباد عباد لله من أحيا أرضا مواتا فهى له »(١١) .

خامسا : ما روى عن عروة قال : « أشهد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى أن الأرض أرض الله والعباد عباد الله ، ومن أحيا مواتا فهو أحق به ، جاءنا بهذا عن النبى صلى الله عليه وسلم الذين جاءوا بالصلوات عنه »(١٢) .

وجه الاستدلال :

أن هذه الأحاديث جاءت مطلقة لم تقيد احياء الأرض الموات باذن الامام أو عدم اذنه ، والمطلق يجرى على اطلاقه ، وبناء على هذا فان احياء الأرض الموات واستصلاحها يجوز لأى شخص القيام به مادامت هذه الأراضى ليست ملكا لأحد ولا ينتفع بها بأى وجه من الوجوه سواء أذن الامام فى ذلك أم لا ، ويكفى اذن النبى صلى الله عليه وسلم .

يقول صاحب روضة الطالبين بعد ذكر هذه الأحاديث : « ويكفى فيه اذن رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الأحاديث المشهورة »(١٣) .

سادسا : القياس :

واستدل صاحب هذا الرأى بالاضافة الى الأحاديث السابقة

---

(١١) نصب الراية ٤/٢٩٠ الطبعة الأولى ١٣٥٧ . المطبعة العثمانية المصرية .

(١٢) سنن أبى داود (باب فى احياء الموات) ٢/١٧٥ . الطبعة الثانية ١٤٠٣هـ ـ ١٩٨٣م مطبعة مصطفى الحلبى .

(١٣) روضة الطالبين ٥/٢٧٨ طبع ونشر المكتب الاسلامى ومغنى المحتاج ٢/٣٦١ .

بالقياس على الماء والصيد والكلأ وغير ذلك من أنواع المباحات،وقالوا أن الأراضى الموات مباحة للجميع فمن قام باحيائها وتعميرها بغير اذن الإمام فهم أحق بها من غيره قياسا على الصيد والكلأ والماء والاحتطاب حيث تكون هذه الأشياء حقا لمن يستولى عليها دون حاجة الى اذن الامام ، وهذا شأن المباح فمن سبق اليه فهو أحق به سواء أذن الامام فى ذلك أم لم يأذن(١٤) .

وقد استدل ابن حزم بالاضافة الى الأدلة المتقدمة بما روى عن سالم بن عبد الله بن عمر عن أبيه قال : كان عمر بن الخطاب يخطب على هذا المنبر يقول : يا أيها الناس من أحيا أرضا ميتة فهى له ، وجاء أيضا عن على ، فهذا بحضرة الصحابة علانية لا ينكره أحد منهم(١٥) .

مناقشة أدلة الرأى الأول :

هذا وقد اعترض بعض فقهاء الحنفية على الأحاديث التى استدل بها أصحاب هذا الرأى والقائلين بعدم توقف احياء الأراضى الموات على اذن الامام بما يأتى :

---

(١٤) يقول صاحب البدائع : « ولأنه مباح استولى عليه فيملكه بدون اذن الامام كما لو أخذ صيدا أو حش كلأ » بدائع الصنائع ٣٨٥٢/٨
ويقول صاحب مغنى المحتاج : « ولأنه مباح كالاحتطاب والاصطياد لكن يستحب استئذانه خروجا من الخلاف » مغنى المحتاج ٣٦١/٢ .
ويقول صاحب الكافى : « ولأنه تملك مباح فلم يفتقر الى اذن كالصيد » الكافى فى فقه الامام أحمد بن حنبل ٤٣٥/٢ .
ويقول صاحب سبل السلام بعد أن ذكر حديث عائشة ــ رضى الله عنها : ودليل الجمهور هذا الحديث والقياس على ماء البحر والنهر وما صيد من طير وحيوان ، وأنهم اتفقوا على أنه لا يشترط فيه إذن الإمام . سبل السلام ٨٢/٣ ، الطبعة الرابعة ١٢٧٩هـ ــ ١٩٦٥م مطبعة مصطفى الحلبى .

(١٥) المحلى لابن حزم ٢٣٦/٨ .

أولا : أن هذه الأحاديث انما كانت اذنا من الرسول صلى الله عليه وسلم لأناس معينين وليست تشريعا عاما ، ومن حق الامام أن يأذن لأناس باحياء الأراضى الموات وتملكها ولا يأذن لغيرهم ، ومن حقه أيضا عدم الأذن فى احيائها لأحد اذا رأى المصلحة فى عدم احيائها ، ومثل هذا قوله صلى الله عليه وسلم : « من قتل قتيلا فله سلبه »(١٦) فهذا كان اذنا منه صلى الله عليه وسلم خاصا ببعض المقاتلين وليس تشريعا عاما ، بل لتحريض بعض المقاتلين على القتال ، حتى لو قتل الغازى فى زماننا لايكون السلب له الا أن يأذن له الامام فكذلك هنا(١٧) فيجوز أن يكون قوله عليه الصلاة والسلام : « من أحيا أرضا ميتة فهى له » من هذا القبيل(١٨) .

ثانيا : أن هذه الأحاديث انما هى لبيان السبب فى تملك هذا النوع من الأراضى بمعنى أن قوله صلى الله عليه وسلم : « من أحيا أرضا ميتة فهى له» وغيره من الأحاديث التى استدل بها الرأى الأول يدل على أن سبب تملك الأراضى الميتة هو احيائها وتعميرها بعد اذن الامام ، فاذن الامام شرط فى التمليك ، والاحياء سبب فيه ، وليس فى ألفاظ هذه الأحاديث ما ينفى هذا الشرط(١٩) . بل أن قوله صلى الله عليه وسلم : « وليس لعرق ظالم حق » ما يدل على اشتراط اذن الامام

---

(١٦) فتح البارى بشرح صحيح البخارى (باب من لم يخمس الأسلاب) ٢٤٧/٦ طبعة دار المعرفة ــ بيروت .

(١٧) البناية فى شرح الهداية ٤٢٥/٩ ، وشرح العناية على الهداية ٧٠/١٠ ، الطبعة الأولى ١٣٨٩هـ ــ ١٩٧٠م طبع مصطفى الحلبى .

(١٨) شرح العناية على الهداية ٧٠/١٠ .

(١٩) المرجع السابق .

فى احياء أرض الموات وتملكها ، لأن السبق على رأى الامام والأخذ بطريق التغليب فى معنى عرق ظالم فينبغى أن يشترط(٢٠) .

الرأى الثانى :

أن احياء الأراضى الموات التى ليست ملكا لأحد وغير منتفع بها بأى وجه من الوجوه لا يجوز احيائها وتعميرها الا باذن من الامام ، فمن أحيا أرضا مواتا فهى له اذا أجازه الامام ، ومن أحياها بغير اذن الامام فليس له ، وللامام أن يخرجها من يده ويصنع فيها ما يراه من الاجارة والاقطاع وغير ذلك . والى هذا ذهب الامام أبو حنيفة(٢١) - رضى الله عنه - كما ذهب الى ذلك أيضا مكحول وابن المسيب وابن سرين والنخعى(٢٢) .

أدلة الرأى الثانى :

استدل الامام أبو حنيفة على رأيه بالأدلة الآتية :

أولا : ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « ليس للمرء الا ما طابت به نفس امامه »(٢٣) .

فهذا الحديث يدل على أنه لا يجوز لأحد أن يأخذ شيئا دون أن

---

(٢٠) البناية فى شرح الهداية ٤٢٤/٩ ، والمبسوط ١٦٧/٢٣ .

(٢١) يقول صاحب البدائع : « فالملك فى الموات يثبت بالاحياء باذن الامام عند ابى حنيفة » بدائع الصنائع ٣٨٥٣/٨ ، والمبسوط ١٦٧/٢٣ .

(٢٢) عمدة القارىء للعينى ١٧٦/١٢ طبعة دار الطباعة المنيره .

(٢٣) كنوز الحقائق فى حديث الخلائق ٨٠/٢ مطبوع بأسفل الجامع الصغير ، الطبعة الخامسة مطبعة مصطفى الحلبى بمصر .

تطيب نفس الامام ، وهو لا يكون الا باذنه ، فاذا لم يأذن الامام فلم تطب نفسه به فلا يكون له(٢٤) • وينطبق هذا على احياء أرض الموات، فلا تطيب نفس الامام باحياءالأرض الا باذنه ، فاذا أذن الامام لشخص باحياء أرض وتعميرها فقد طابت نفس الامام ويتملك الشخص حينئذ ما قام باحيائه •

وهذا الحديث وان كان عاما يشمل الأراضى الموات وغيرها الا أنه خاص باحياء الأراضى الموات التى ليست ملكا لأحد وغير منتفع بها • جاء فى شرح العناية ما نصه « أقول : لقائل أن يقول أن اعتبر عموم هذا الحديث يلزم أن لا يملك أحد شيئا من الأملاك بغير اذن الامام مع ظهور خلافه ، اذ لا شك أن كل واحد يستبد فى التملك بالبيع والاجارة والهبة والارث والوصية ونحوها من أسـباب الملك من غير توقف على اذن الامام ، وان لم يعتبر عمومه لا يتم المطلوب ها هنـا • فان قلت عمومه غير معتبر بل هو مختص بما يحتاج فيه الى رأى الامام ، وما ذكرنا من أسباب الملك لا يحتاج فيه الى رأى الامام بخلاف ما نحن فيه، قلت : كون التمليك فيما نحن فيه مما يحتاج الى رأى الامام(٢٥) •

مناقشة هذاالدليل :

وقد اعترض ابن حزم على هذا الحـديث فقال : فأما من ذهب مذهب أبى حنيفة فاحتجوا بخبر من طريق عمرو بن واقد عن موسى ابن يسار عن مكحول عن جنادة بن أبى أمية قال : نزلنا دابق(٢٦) وعلينا أبو عبيدة بن الجراح فقتل حبيب بن مسـلمة قتيلا من الروم ، فأراد

---

(٢٤) بدائع الصنائع ٣٨٥٢/٨ •
(٢٥) شرح العناية على الهداية ٧٠/١٠ •
(٢٦) دابق : قرية قرب حلب •

عبيدة أن يخمس سلبه ، فقال له حبيب : ان الرسول صلى الله عليه وسلم جعل السلب للقاتل ، فقال له معاذ بن جبل : مه يا حبيب انى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « انما للمرء ما طابت به نفس امامه » وقالوا : لما كان الموات ليس أحد أولى به من أحد أشبه ما فى بيت المال ، ما نعلم له شبهة غير هذا • قال على : أما الأثر فموضوع لأنه من طريق عمرو بن واقد وهو متروك باتفاق من أهل العلم بالآثار، ثم هو حجة عليهم لأنهم أول من خالفه فأباحوا الصيد لمن أخذه بغير اذن الإمام ، فان ادعوا اجماعا كذبوا لأن فى التابعين من منع من الصيد فى دار الحرب وجعله من المغنم ، ولا يعارض بمثل هذا الأثر الكاذب حكم رسول الله صلى الله عليه وسلم بالسلب للقاتل وبالأرض لمن أحياها ، ثم يستطرد قائلا : ثم لو صح هذا الخبر الموضوع لكان حجة لنا ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم قد قضى بالموات لمن أحياها ، وهو عليه السلام الامام الذى لا امامة لمن لم يأتم به »(٢٧) •

ثانيا : ما روى عن طاووس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « عادى الأرض لله ولرسوله ثم لكم من بعدى فمن أحيا شيئا من موات الأرض فله رقبتها »(٢٨) •

يقول السرخسى تعقيبا على هذا الحديث : « فما كان مضافا الى الله تعالى والرسول صلى الله عليه وسلم فالتدبير فيه الى الامام فلا يستبد أحد به بغير اذن الامام كخمس الغنيمة ، فرسول الله صلى الله عليه وسلم فى هذا الحديث أشار الى أن هذه الأراضى كانت فى يد المشركين ثم صارت فى يد المسلمين بايجاف الخيل فكان ذلك لهم من الله

---

(٢٧) المحلى لابن حزم ٢٣٣/٨ ، ٢٣٤ •

تعالى ورسوله صلى الله عليه وسلم ، وما كان بهذه الصفة لم يختص أحد بشئ منه دون اذن الامام كالغنائم »(٢٩) .

ثالثا : قال عليه الصلاة والسلام : « لا حكم الا لله ورسوله »(٣٠)، فدل حكم الأراضى للامام(٣١) .

رابعا : ولأن الموات غنيمة فلابد للاختصاص به من اذن الامام كسائر الغنائم ، والدليل عليه أن (غنيمة) اسم لما أصيب من أهل الحرب بايجاف الخيل والركاب والموات كذلك ، لأن الأرض كلها كانت تحت أيدى أهل الحرب استولى عليها المسلمون عنوة وقهرا ، فكانت كلها غنائم ، فلا يختص بعض المسلمين بشئ منها من غير اذن الامام كسائر الغنائم بخلاف الصيد والحطب والحشيش لأنها لم تكن فى أيد أهل الحرب ، فجاز أن تملك بنفس الاستيلاء واثبات اليد عليها(٣٢) .

الرأى الثالث :

يرى المالكية التفريق بين الأراضى الموات البعيدة عن العمران، وبين الأراضى الموات القريبة من العمران ، فاذا كانت الأراضى الموات التى ليست ملكا لأحد وغير منتفع بها بعيدة من العمران جاز لأى انسان أن يقوم باحيائها وتعميرها دون توقف على اذن الامام ، أما اذا كانت الأراضى الموات التى ليست ملكا لأحد وغير منتفع بها قريبة من العمران

---

(٣٢) بدائع الصنائع ٣٨٥٢/٨ ، وتبيين الحقائق ٣٥/٦ .

فانه لا يجوز لأى انسان القيام باحيائها وتملكها الا باذن الامام ، فان قام شخص باحياء الأراضى القريبة من العمران بدون اذن الامام كان الامام بالخيار بين امضائه أو اعتباره متعديا فيعطيه قيمة ما بنى أو غرس أو زرع ويثبته للمسلمين ، أو يعطيه لغيره من المسلمين ، ولا غرم عليه فيما مضى من الانتفاع وذلك لأنه أصل مباح(٣٣) .

وحد القريب ما تلحقه الماشية بالرعى فى غدوها ورواحها وهو مسرح ومحتطب ، وأما ما كان على اليوم وما قاربه وما لا تدركه المواشى فى غدوها ورواحها فهو من البعيد(٣٤) .

يقول الباجى : فالموات على ضربين ضرب يبعد من العمران وضرب يقرب ، فأما ما بعد من العمران فقد قال مالك يحييه بغير اذن الامام ، وأما التى تقرب من العمران فلا يحييها أحد الا باذن الامام رواه سحنون عن مالك وابن القاسم عن أشهب » .

ثم يستطرد فيقول : اذا قلنا أنه لا يحيى الا باذن الامام فأحيا رجل أرضا قريبة من العمران بغير اذن الامام فقد قال مالك وابن الماجشون ومطرف ليس له ذلك فان فعل نظر الامام فان رأى ابقاءه له فعل ، وان رأى أن يزيله ويعطيه غيره أو يبيعه للمسلمين فعل »(٣٥)

---

(٣٣) الشرح الصغير بأسفل بلغة السالك ١٨٧/٣ ، ١٨٨ ، شرح الخرشى ٧٠/٧ دار صادر بيروت ـ لبنان .

(٣٤) المنتقى شرح موطأ الامام مالك ٢٩/٦ ، الطبعة الأولى ١٣٣٢هـ مطبعة السعادة بمصر ، دار الكتاب العربى بيروت ـ لبنان ، وحاشية الشيخ على العدوى بهامش شرح الخرشى ٧٠/٧ .

(٣٥) المنتقى شرح موطأ الامام مالك ٢٧/٦ ، ٢٨ .

أدلة المالكية :

هذا وقد استدل فقهاء المالكية على رأيهم بما يأتى :

أولا : استدل الباجى على جواز احياء الأرض البعيدة بغير اذن الامام بقول : والدليل على ما نقوله قوله صلى الله عليه وسلم : « من أحيا أرضا ميتة فهى له » وهذا عام فيحمل على عمومه(٣٦) • ويقصد بذلك سواء اذن الامام فى الاحياء والتعمير أم لم يأذن •

ثم يقول الباجى : « ودليلنا من جهة المعنى أن هذه أرض لا يتعلق بها حق لغير المحيى فلم يحتج فى احيائها الى اذن الامام كما لو ملكها المحيى »(٣٧) •

ثانيا : ما روى عن مالك عن ابن شهاب عن سالم بن عبد الله عن أبيه أن عمر ابن الخطاب قال : « من أحيا أرضا ميتة فهى له » قال مالك وعلى ذلك الأمر عندنا ، يقول الزرقانى فى شرح هذا الأثر : « فهى له بمجرد الاحياء ولا يحتاج لاذن الامام فى البعيدة عن العمارة اتفاقا ، قال مالك معنى الحديث فى فيافى الأرض وما بعد من العمران ، فان قرب فلا يجوز احياؤه الا باذن الامام(٣٨) •

ثالثا : أما اذا كانت الأراضى الموات قريبة من العمران فلا يجوز احيائها وتعميرها الا باذن الامام لقوله صلى الله عليه وسلم : « من أحيا أرضا ميتة فهى له وليس لعرق ظالم » • فهذا الحديث يبين أن الذى يقوم باحياء الأراضى الموات القريبة من العمران والتى ليست

---

(٣٦) المرجع السابق ٦/٢٧ •
(٣٧) المنتقى شرح الموطأ ٦/٢٨ •
(٣٨) شرح الزرقانى على الموطأ ٤/٢٩ دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع •

ملكا لأحد قد يظلم غيره ، ويستضر الناس من احيائه لهذه الأراضى بسبب تضييقه عليهم ، ومن ثم يتوقف احيائها على اذن الامام(٣٩) .

الرأى الراجح :

بعد هذا العرض لآراء الفقهاء وأدلتهم فأننى أميل الى ترجيح ما ذهب اليه أبو حنيفة ومن وافقه فى أنه لابد من اذن الامام فى احياء الأراضى الموات التى ليست ملكا لأحد وغير منتفع بها بأى وجه من الوجوه ، لأن فى اذن الامام تحقيق مصالح الناس ويدفع الكثير من الضرر عنهم ، لأن عدم الاذن يؤدى الى التشاحن والتنازع بين الناس وذلك حين يختلف شخصان على موضع واحد(٤٠) . هذا بالاضافة الى

---

(٣٩) المنتقى شرح الموطأ ٦/٢٧ ، ٢٨ .

(٤٠) قيل لأبى يوسف ماينبغى لأبى حنيفة أن يكون قد قال هذا الا من شىء لأن الحديث قد جاء عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « من أحيا أرضا مواتا فهى له » فبين لنا ذلك الشىء ، فانا نرجوا ان تكون قد سمعت منه فى هذا شيئا يحتج به ، قال أبو يوسف : حجته فى ذلك أن يقول : الاحياء لايكون الا باذن الامام . أرأيت رجلين أراد كل واحد منهما أن يختار موضعا واحدا وكل واحد منهما منع صاحبه أيهما أحق به ؟ أرأيت ان أراد رجل أن يحيى أرضا ميتة بفناء رجل وهو مقر أن لاحق له فيها فقال : لاتحيها فانها فنائى وذلك يضرنى ، فانما جعل أبو حنيفة اذن الامام فى ذلك هاهنا فصلا بين الناس ، فاذا أذن الامام فى ذلك لانسان كان له أن يحييها وكان ذلك الأذن جائزا مستقيما ، واذا منع الامام أحدا كان ذلك المنع جائزا ، ولم يكن بين الناس التشاح فى الموضع الواحد ولا الضرار فيه مع اذن الامام ومنعه .

انظر الخراج لأبى يوسف ص٦٤ ، دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع .

أن اشتراط اذن الامام يؤدى الى تمكين الدولة من التخطيط المسبق للاحياء فى أى الأماكن ، ولمن يكون ، وبأى شىء يكون ، مراعية فى ذلك حاجتها ، وحاجة المواطنين وطبيعة الأرض ومرافقها وغير ذلك ، فالدولة مسئولة عن ذلك . ومن ثم كان لابد من صدور اذن من الامام لاحياء الأراضى الموات التى ليست ملكا لأحد وغير منتفع بها .

المبحث الثانى

تجرد الموات من الحقوق المتعلقة به

لا يكفى فى احياء الأرض الموات وتعميرها أن تكون بالفعل أرضا مجدبة معطلة عن الانتفاع وانما لابد لها بالاضافة الى ذلك أن تكون مجردة عن سائر الحقوق العامة والخاصة المقررة عليها ، لأن الأرض الموات قد تكون مثقلة ببعض الحقوق العامة كالحمى ونحو ذلك ، كما قد تكون أيضا مثقلة ببعض الحقوق الخاصة .

ومن أهم ما ذكره الفقهاء من هذه الحقوق وأكدوا على ضرورة تجرد الأرض الموات المراد احيائها منه هى ثلاثة حقوق :

١ — حق التحجير . ٢ — حق الاقطاع . ٣ — حق الحمى .

ومن ثم فسيكون حديثنا — ان شاء الله تعالى — عن هذه الحقوق فى ثلاثة مطالب :

المطلب الأول

حق التحجير

لقد احترم الفقه الاسلامى ارادة الساعين الى احياء الأرض الموات وتعميرها ، وحافظ على تحقيق رغبتهم فى اصلاح هذه الأراضى ،

ومن ثم فقد اعتد الفقه الاسلامى بكل وسيلة من الوسائل الدالة على هذه الرغبة ، وأطلق عليها الفقهاء التحجير • فما هو التحجير ، وما المقصود منه ، وما هى الحقوق المترتبة عليه ، وما الحكم لو قام شخص باحياء الأرض المحجرة لغيره ؟ هذه بعض نقاط تتعلق بالتحجير أردت التحدث فيها دون التعرض لباقى الأحكام التى تتعلق بالتحجير حتى لا نطيل ونخرج عن دائرة البحث • فأقول وبالله التوفيق •

أولا : تعريف التحجير :

١ ـ تعريف التحجير فى اللغة : جاء فى المصباح المنير : «احتجرت الأرض جعلت عليها منارا وأعلمت علما فى حدودها لحيازتها »(١) • ويقول ابن الأثير : « يقال . حجرت الأرض واحتجرتها اذا ضربت عليها منارا تمنعها به عن غيرك »(٢) • ويقول صاحب تاج العروس : « احتجرت الأرض وحجرها ضرب عليها منارا وأعلم علما فى حدودها للحيازة يمنعها به عن الغير »(٣) •

مما سبق يتضح أن المراد بالتحجير فى اللغة وضع العلامات أو ضرب الأعلام على حدود قطعة الأرض المراد حيازتها ، وذلك منعا من التجاوزات التى قد تأتى من قبل الغير •

٢ ـ تعريف التحجير فى الاصطلاح :

بالنظر الى تعاريف الفقهاء للتحجير نجد أنهم اختلفوا فى تعريفه على ثلاثة آراء فمنهم من اقتصر فى تعريف التحجير على ما ورد فى

---

(١) المصباح المنير ١٢٢/١ •

(٢) لسان العرب مادة (حجر) ٧٨٤/٢ •

(٣) تاج العروس فصل الحاء من باب الراء ١٣٧/٣ ، الطبعة الأولى ١٣٠٦هـ المطبعة الخيرية بمصر •

اللغة من أنه عبارة عن علامة أو امارة على ارادة الاحياء لمنع الغير من التعرض لقطعة الأرض المراد احيائها • وذلك بوضع أحجار أو أشواك أو نحو ذلك على الأرض المراد احيائها وتعميرها ، ومن هؤلاء الفقهاء الحنفية(٤) والزيدية(٥) ، ومنهم من ذهب فى تعريف التحجير الى أنه شروع فى عملية الاحياء ، وذلك بنقل الأراضى الموات من حالتها المجدبة الى حالة الخصب وصلاحيتها للانتاج مثل حفر بئر أو مد مجرى ونحو ذلك • ومن هؤلاء الفقهاء الحنابلة(٦) وبعض فقهاء الامامية(٧) ، أما فقهاء الشافعية(٨) فان التحجير عندهم فانه يشتمل على وضع العلامات على الأراضى المراد احيائها مع الشروع فى العمل معا •

---

(٤) جاء فى الاختيار : « التحجير : أن يعلمها بعلامة بأن وضع الحجارة أو غرس حولها أغصانا يابسة أو قلع الحشيش أو احراق الشوك ونحوه فانه تحجير » • الاختيار لتعليل المختار ٣٣٨/٢ طبع الجهاز المركزى للكتب •

(٥) ويقول الشوكانى : « والتحجير بضرب الأعلام فى الجوانب » السيل الجرار المتدفق ٢٢٨/٣ السيل الجرار المتدفق : الطبعة الأولى ١٤٠٥هـ ــ ١٩٨٥م دار الكتب العلمية بيروت ــ لبنان •

(٦) وجاء فى المبدع : « تحجر الموات : الشروع فى احيائه من غير أن يتمه مثل أن يحيط حول الأرض ترابا أو بجدار صغير أو بحفر بئر المبدع فى شرح المقنع ٢٥٧/٥ •

(٧) يقول الامام جعفر الصادق فى وصفه للتحجير : « كما لو وضع علامات تدل على سبقه من تسوير الأرض ،، أو جمع التراب أو حفر قناة وما الى ذلك » فقه الامام جعفر الصادق ٤٨/٥ •

(٨) جاء فى روضة الطالبين : « الشارع فى احياء الموات متحجر مالم يتمه ، وكذا اذا أعلم عليه علامة للعمارة من نصب أحجار ، أو غرز خشبات أو قصبات ، أو جمع تراب ، أو خط خطوط » روضة الطالبين ٢٨٦/٥ •

والواقع أن التحجير لا يدل بمفهومه فى الاصطلاح على أكثر من الامارة والدلالة على ارادة الاحياء •

ثانيا : المقصود من التحجير :

يقصد بالتحجير للأرض الموات منع الغير من الاقدام على احيائها فترة من الزمن والتحجير بهذا المقصود يكون مشتقا من الحجر بسكون الجيم وهو المنع من الشىء ، أو يقصد به اعلام الغير بقصد استصلاح وتعمير رقعة من الأرض غير المنتفع بها،وذلك عن طريق وضع الأحجار فى جوانبها ، أو خط الخطوط حولها ، أو احاطتها بالأسلاك ونحو ذلك ، والتحجير بهذا المقصود يكون مشتقا من الحجر بفتح الجيم(٩) •

ثالثا : الحقوق المكتسبة بالتحجير :

اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية(١٠) على أن من يحجر مساحة من الأراضى الموات التى ليست ملكا لأحد وفى نفس الوقت غير منتفع بها بأي وجه من وجوه الانتفاع يكون أحق باحيائها وتعميرها ، ويمتنع على الآخرين استصلاحها وتعميرها ، طالما لم يبطل حق المتحجر فى تحجيرها بأى سبب من الأسباب المبطلة للتحجير كاعراض المحجر

---

(٩) مجمع الأنهر ٢/٥٥٨ ، ٥٥٩ ، وروضة الطالبين ٥/٢٨٦ . وحاشية العنقرى على الروض المربع ٣/٤٢٧ ، والبحر الزخار ٥/٧٤ ، والروضة البهية ٧/١٣٤ ، مطبعة الآداب فى النجف الأشراف ، الطبعة الأولى ١٣٨٨هـ ـ ١٩٦٨م •

(١٠) بدائع الصنائع ٨/٣٨٥٣ ، روضة الطالبين ٥/٢٨٦ ، الكافى فى فقه الامام أحمد بن حنبل ٢/٤٣٩ ، والبحر الزخار ٥/٧٤ ، وشرائع الاسلام فى الفقه الاسلامى الجعفرى ٢/١٦٩ •

عما حجـره أو تركه ، أو تطول مدة تحجـيره للأرض دون أن يبدأ فى استصلاح الأراضى الموات وتعميرها •

واستدلوا على ذلك بقول النبى صلى الله عليه وسلم : « من سبق الى ما لم يسبق اليه مسلم فهو أحق به »(١١) • وقوله عليه الصـلاة والسلام : « منى مناخ من سبق »(١٢) فان نقله الى غيره صار الثانى أحق به ، لأن صاحب الحق آثره به ، فان مات انتقل الى وارثه ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « من ترك حقا أو مالا فهو لورثته » •

ولأنه حق للمورث فقام وارثه مقامه فيه كسائر حقوقه(١٣) •

من هذا يتضح أن التحجير للأراضى الموات التى ليست ملكا لأحد وغير منتفع بها يفيد أحقية المحجر لها بالتعمير والاستصلاح،فيكون أولى الناس باحياء الأرض المحجرة من غيره على شريطـة ألا يهمل تعميرها أكثر من المـألوف •

واذا كان الفقهاء على اختـلاف مذاهبهم قد اتفقوا على ثبوت الأحقية أو الأولوية بالتحجير فى الأرض الموات للمحجر فانهم اختلفوا، هل التحجير تثبت به ملكية الأرض المحجرة للمحجر أم لا ؟ على رأيين:

الرأى الأول :

أن التحجير لا يترتب عليه ملكية المحجر للأراضى التى حجرها ، بل تثبت هذه الملكية باحياء هذه الأراضى بالفعل ، والى هذا ذهب بعض

---

(١١) الجـامع الصغير للسيوطى ١٧٩/٢ ، الطبعة الخـامسة ، مطبعة مصطفى الحلبى ، سنن أبى داود ١٧٤/٢ •

(١٢) الجامع الصغير للسيوطى ١٩٠/٢ •

(١٣) كشاف القناع ١٩٣/٤ ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ١٤٠٢هـ ــ ١٩٨٢م وتكملة المجموع ٤٧٢/١٤ ، ٤٧٣ •

فقهاء الحنفية(١٤) ، والمالكية(١٥) ، وبعض فقهاء الشافعية(١٦) ، ورواية عند الحنابلة(١٧) ، والزيدية(١٨) ، والامامية(١٩) لأن التحجير ليس الا تمهيدا وشروعا فى الاحياء وليس احيــاء بالفعل ، والأراضى الموات لا تملك الا بالاحياء لعموم النصوص الواردة فى ذلك والتى منها: « من أحيا أرضا ميتة فهى له » .

---

(١٤) يقول الكاسـانى : « ولو حجر الأرض الموات لا يملكهـا بالاجماع ، لأن الموات يملك بالاحياء ، لأنه عبارة عن وضع أحجار أو خط حولها يريد أن يحجز غيره عن الاسـتيلاء عليهـا ، وشيء من ذلك ليس باحياء فلا يملكها ولكن صار أحق بها من غيره » بدائع الصنائع ٣٨٥٣/٨

(١٥) ويقول : الباجى : « وليس التحجير باحياء قاله ابن القـاسم فى المجمـوعة وغيرها ، ووجه ذلك أن التحجير ليس فيه احيـاء للأرض ولا منفعة وانما هو منع لغيره من التصرف فيها والا فهي باقية على صفتها قبل التحجير » المنتقى شرح الموطأ ٣٠/٦ .

(١٦) وجاء فى تكملة المجموع : « التحجير احاطة الأرض بالحجارة أو بحائط صغير ، وهو شروع فى احياء الموات وليس احياء تاما ، ولذلك فانه لايملكه بذلك ، لأن الملك لايكون الا بالاحياء وليس هذا احياء ولكن يصير أحق الناس به » تكملة المجموع ٤٧٢/١٤ ، ٤٧٣ .

(١٧) ويقـول ابن قدامة : « وان تحجر مواتا وهو أن يشرع فى احيائه مثل أن أدار حول الأرض ترابا أو أحجارا أو أحاطها بحائط صغير لم يملكها بذلك ، لأن الملك بالاحياء وليس هـذا احيـاء لكن يصير أحق الناس به » المغنى ١٥٣/٦ .

(١٨) ويقول الشوكانى : « والتحجير بضرب الأعلام يثبت به الحق لا الملك » السيل الجرار المتدفق ٢٢٨/٣ .

(١٩) جاء فى شرائع الاسلام : « فان التحجير يفيد الأولوية لا ملكا للرقبة » شرائع الاسلام فى الفقه الاسلامى الجعفري ١٦٩/٢ .

الرأى الثانى :

أن التحجير للأراضى الموات التى ليست ملكا لأحد ولا ينتفع بها بأى وجه من وجوه الانتفاع يترتب عليه ملكية المحجر لها • وهذه الملكية تكون مؤقتة بثلاث سنين ، فان قام المحجر باحياء الأرض التى حجرها خلال هذه المدة المحددة تأيدت ملكيته للأرض والا سقطت ملكيته المؤقتة • والى هذا ذهب بعض فقهاء الحنفية(٢٠) ، وبعض الشافعية(٢١) ، والرواية الثانية عند الحنابلة(٢٢) ، وان كانوا لم يصرحوا بالمدة كما ذكر فقهاء الحنفية،لأنهم يرون سقوط حق المحجر على الأرض التى حجرها اذا لم يعمرها خلال فترة من الزمن ، وهذا يدل على توقيت هذه الملكية كما قال بعض فقهاء الحنفية •

وقد استدل أصحاب هذا الرأى بما روى عن أمير المؤمنين عمر ابن الخطاب ـ رضى الله عنه ـ ليس لمتحجر بعد ثلاث سنين حق»(٢٣) والحق اذا أطلق يراد به الملك لا مجرد الحق من غير ملك(٢٤) •

الرأى الراجح :

بعد هذا العرض لآراء الفقهاء وأدلتهم فاننى أرى أن الرأى الراجح هو الرأى الأول القائل بأن التحجير لا يثبت به ملكية المحجر

---

(٢٠) قال الاترازى : ثم الاحتجار هل يفيد الملك أم لا فيه اختلاف المشايخ ، قيل يفيد ملكا مؤقتا الى ثلاث سنين • البناية فى شرح الهداية ٤٣٠/٩ •

(٢١) تكملة المجموع ٤٧٣/١٤ ؛

(٢٢) حاشية العنقرى على الروض المربع ٤٢٧/٣ •

(٢٣) الخراج لأبى يوسف ص ٦٥ ، شرح العناية على الهداية ٧٢/١٠ ؛

(٢٤) البناية فى شرح الهداية ٤٣٠/٩ ؛

للأرض التى حجـرها ، وذلك لأن ملك الأرض الموات لا يكون الا باحيائها وتعميرها بالفعل ، وذلك عن طريق عمل فيها يحولها من أرض مجدبة الى أرض خصـبة ، أما التحجـير فما هو الا دليل على ارادة الاحياء ، اذ ليس فيه سوى تحديد الأرض المراد احيائها بعلامات تمنع الغير من الاستيلاء عليها •

وما استدل به الفريق الثانى من قول عمر بن الخطاب رضى الله عنه لا يدل دلالة قاطعة على تمليك الأرض المحجرة للمحجر ، اذ يحتمل أن يكون المراد بالحق فى قوله — رضى الله عنه — حق الأولوية فى الاستصلاح والتعمير للأراضى المحجرة وهو احتمال قائم •

من هذا نخلص أن التحجير لا يعتبر احياء للأراضي الموات ، وانما هو وسيلة من الوسائل الدالة على الاحياء •

رابعا : احياء الغير للأرض المحجرة :

بقيت نقطة أخيرة فى هذا المبحث وهى اذا قام شخص باحياء أرض محجرة لغيره هل يملك ذلك الشـخص الأراضى الموات المحجرة التى أحياها أم تظل باقية للشخص الأول الذى حجرها على اعتبار أنه سبق الى تحجيرها ؟

للاجابة على هذا السؤال نقول : انتهينا فى النقطة السابقة الى القول أن التحجير يترتب عليه أحقيـة المحجر للأراضى التى حجرها ، وهذا بدوره يعطيه الحق فى احيائها وتعميرها ومنع الغير من الاستيلاء عليها واستصلاحها ، فاذا قام شخص آخر باحياء هذه الأرض المحجرة قبل انقضاء مدة التحجير فان الفقهـاء اتفقوا على أنه لا يجوز للغير

ديانة(٢٥) أن يتعـدى على حق المحجر باحيـاء وتعمير الأرض التى حجـرها •

لكنهم اختلفوا فى تملك المحيى للأراضى الموات التى حجرها غيره قبل مضى مدة التحجير على رأيين :

الرأى الأول :

اذا قام شخص باحياء الأرض الموات التى حجرها غيره قبل انتهاء مدة التحجير فانه يملك هذه الأراضى التى أحياها • والى هذا ذهب بعض فقهاء الحنفية(٢٦) والمالكية(٢٧) ، وبعض فقهاء الشافعية(٢٨) ، ورواية عند الحنابلة(٢٩) ، وبعض فقهاء الزيدية(٣٠) وبعض فقهـاء

---

(٢٥) تبيين الحقائق ٣٥/٦ ، وحاشية الطحطاوى ٢١٥/٤ •

(٢٦) جاء فى مجمع الأنهر : « فأما اذا أحياها غيره قبل مضى هذه المدة كلها لتحقق الاحياء منه دون الأول » مجمع الأنهر ٥٥٩/٢ •

(٢٧) المدونة للامام مالك ١٩٥/١٥ مطبعة السعادة بالقاهرة بمصر ١٣٢٤هـ •

(٢٨) جاء فى روضة الطالبين : « لو بادر أجنبى قبل أن يبطل حق المتحجر فأحيا ما تحجره ملكه المحيى على الأصح المنصوص لأنه حق سبب الملك وان كان ظالمـا كما لو دخل فى سوم أخيه المشترى » روضة الطالبين ٢٨٧/٥ •

(٢٩) ويقول صاحب الكافى : « والثانى يملكه لأنه أحيـا أرضـا ميتة فيدخل فى عموم الحديث ، ولأن الاحياء يملك به فقدم على التحجير الذى لا يملك به » الكافى فى فقه الامام أحمد بن حنبل ٤٣٦/٢ •

(٣٠) البحر الزخار ٧٤/٥ •

الامامية(٣١) • لأن الاحياء هو سبب تملك هذه الأراضى ، أما التحجير فانه لا يعد سببا للتملك ، وانما يفيد أحقية أو أولويته على غـيره فى احيـائها •

هذا بالإضافة الى أن الشخص الذى قام باحياء هـذه الأراضى أحيا أرضا ميتة فكان له الحق فى تملكها عملا بالنصوص الواردة فى ذلك والتى منها : ما روى طاووس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان عادى الأرض لله ورسوله فمن أحيا أرضا ميتة فهى له »(٣٢) •

الرأى الثانى :

اذا قام شخص باحياء وتعمـير الأراضى الموات التى حجـرها غيره لا يتملكها بهذا الاحيـاء والتعمير • والى هذا ذهب بعض فقهاء الحنفية(٣٣) والرأى الثانى عند الشافعية(٣٤) ، والرواية الثانية عند

---

(٣١) الروضة البهية ١٧٦/٧ •

(٣٢) المبسوط ١٦٨/٢٣ •

(٣٣) شرح العناية على الهداية ٧٢/١٠ •

(٣٤) ذكر الامام النووى – رحمه الله – فى هذه المسألة أربعة آراء الرأى الأول وقد سـبق ذكره والثانى : لا يملك لئلا يبطل حـق غيره ، والثالث أنه ان انضم الى التحجر اقطـاع السـلطان لم يملك المحيى والا فيملك ، والرابع ان أخذ المتحجر فى العمارة لم يملك المبادر والا فيملك • روضة الطالبين ٢٨٨/٥ •

الحنابلة(٣٥) ، والراجح عند الزيدية(٣٦) ، وبعض الامامية(٣٧) هذا وقد استدل أصحاب هذا الرأى بالأدلة الآتية :

١ ـ قوله صلى الله عليه وسلم : « من أحيا أرضا ميتة ليست » وقوله : « فى حق غير مسلم فهى له » فان مفهوم هذا يدل على أنها لا تكون للمحيى اذا كان لمسلم فيها حق(٣٨) .

٢ ـ قوله عليه الصلاة والسلام : « من سبق الى ما لم يسبق فهو أحق به »(٣٩) فان هذا يدل أيضا على أنه لا شىء للمحيى لأنه سبقه غيره فى التحجير للأرض الموات .

٣ ـ روى سعيد بن منصور فى سننه أن عمر رضى الله عنه قال : «من كانت له أرض ـ يعنى من تحجر أرضا ـ فعطلها ثلاث سنين فجاء قوم فعمروها فهم أحق بها » وهـذا يدل على أن من عمرها قبل ثلاث سنين لا يملكها(٤٠) .

---

(٣٥) يقول صاحب الكشاف : « وان أحياها غيره أى غير المتحجر فى مدة المهلة أو قبلها لم يملكه » كشاف القناع ١٩٣/٤ .

(٣٦) البحر الزخار ٧٥/٤ .

(٣٧) وجاء فى شرائع الاسلام : « ولو تهجم عليه من يروم الاحياء كان منعه ... ولو قاهره فأحياها لم يملكه » شرائع الاسلام فى مسائل الحلال والحرام للحلى ٢٧٥/٣ . الطبعة الثانية ١٤٠٣هـ ـ ١٩٨٣م منشورات دار الأضواء بيروت ـ لبنان .

(٣٨) تكملة المجموع ٤٧٣/١٤ ، وكشاف القناع ١٩٣/٢ .

(٣٩) الكافى فى فقه الامام أحمد بن حنبل ٤٣٩/٢ .

(٤٠) تكملة المجموع ٤٧٣/١٤ ، والمغني لابن قدامة ١٥٤/٦ .

٤ ـ ولأن الثانى أحيا فى حق غيره فلم يملكه كما لو أحيا ما تتعلق به مصالح غيره(٤١) •

٥ ـ هذا بالاضافة الى أن حق المتحجر أسبق ، فكان أولى كحق الشفيع يقدم على شراء المشترى(٤٢) •

الرأى الراجح :

والذى يترجح فى نظـرى ما ذهب اليه أصـحاب الرأى الثانى القائلين بأنه لا يملك المحيى للأراضى الموات التى أحياها فى الأراضى المتحجرة لغيره قبل انتهاء مدة التحجير طالما لم يترك المحجـر الأرض التى حجرها ولم يهمل فى احيائها ، لأننا لو أخذنا بالرأى الأول لأدى ذلك الى وقوع التشاحن والنزاع بين الناس ، حيث يبادر كل منهم الى احياء الأراضى المحجرة لغيره ، وهذا يؤدى الى الفوضى والاستيلاء على حقوق الآخرين بغير حق ، كما أنه يؤدى الى احجام الناس عن استثمار أموالهم باحياء هذه الأراضى ، أضف الى ذلك أن هـذا يعد من باب الغصب والتعدى على حقوق الآخرين ، وفيه قطع لحق المحجر فى احياء الأراضى التى حجرها وهذا ينافى العدالة التى تقوم على مبدأ لا ضرر ولا ضرار • والله أعلم •

أما اذا قام أحد الأشـخاص بتعمير ما حجره غيره بعد اعراض الأول عن الاحياء أو تركه الاحياء صراحة أو دلالة ، أو بعد انتهـاء

---

(٤١) المغنى لابن قدامة ١٥٤/٦ •

(٤٢) الـكافى فى فقه الامام أحمد بن حنبـل ٤٣٩/٢ ، وكشـاف القناع ١٩٣/٢ •

المدة المحددة دون أن يقوم باحيائها وتعميرها فان الفقهاء(٤٣) اتفقوا على أن المحيى يتملك ما أحياه ٠

واستدل على ذلك بالأدلة الآتية :

١ ـ ما روى أن عمر بن الخطاب ـ رضى الله عنـه ـ قال على المنبر : « من أحيا أرضا ميتـة فهى له وليس لمحتجر حق بعـد ثلاث سنين » وذلك أن رجالا كان يتحجرون من الأرض ما لا يعلمون»(٤٤)٠

٢ ـ ما روى عن عمرو بن شـعيب أن عمر ـ رضى الله عنه ـ جعل التحجير ثلاث سنين فان تركها حتى تمضى ثلاث سنين فأحياها غيره فهو أحق بها(٤٥) ٠

٣ ـ أن فى احياء الأراضى الموات وتعميرها فيها منفعة للمسلمين من حيث العشر والخراج ، فاذا لم يقم المحجر باصـلاحها وتعميرها لم يحصل المقصود(٤٦) ٠

٤ ـ ولأن المتحجر ضيق على الناس فى حق مشـترك بينهم فلم يمكن من ذلك كما لو وقف فى طريق ضـيق أو مشرعة ماء أو معـدن لا ينتفع ولا يدع غيره ينتفع(٤٧) ٠

---

(٤٣) تبيين الحقـائق ٣٥/٦ ، والمنتقى ٣٠/٦ ، وتكملة المجموع ٤٧٣/١٤ ، والكافي أحمد بن حنبل ٤٣٦/٢ ، وشرائع الاسلام في الفقه الاسلامى الجعفري ١٦٩/٢ ٠

(٤٤) الخرج لأبي يوسف ص ٦٥ ٠

(٤٥) الخراج ليحيى بن آدم القرشى ص ٩١ ٠ دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع ٠

(٤٦) مجمع الأنهر ٥٥٨/٢ ٠

(٤٧) تكملة المجموع ٤٧٣/١٤ ، والمغني لابن قدامة ١٥٤/٦ ٠

المطلب الثانى

حق الاقطاع

تعريف الاقطاع فى اللغة :

الاقطاع معناه فى اللغة جعل الشىء عقارا كان أو منقولا قطيعة أى محبوسا على مصلحة شخص معين ، أو أشخاص معينين •

يقال : أقطع الامام الجند البلد اقطاعا يعنى جعل لهم غلتها رزقا، ويقال : أقطعه قطعا فانقطع ، وانقطع الغيث احتبس ، وانقطع النهر جف أو حبس ، واستقطعته سألته الاقاع ، واسم ذلك الشىء الذى يقطع قطيعة(٤٨) •

تعريف الاقطاع فى الاصطلاح :

عرفه ابن عرفة بقوله : « تمليك الامام جزأ من الأرض الحبس»(٤٩) وهذا التعريف قاصرا على اقطاع الأرض الموات لمن يقوم باحيائها وتعميرها فيكون أولى بها من غيره وعرفه القاضى عياط بقوله : «تسويغ الامام من مال الله شيئا لمن يراه أهلا لذلك » قال : وأكثر ما يستعمل فى الأرض ، وهو أن يخرج منها لمن يراه ما يحوزه ، اما بأن يملكه اياه فيعمره ، واما أن يجعل له غلته مدة »(٥٠) ، وعرفه صاحب حلية الفقهاء

---

(٤٨) المصباح المنير ٥٠٨/٢ ، ٥٠٩ مادة (قطع) •

(٤٩) شرح الخرشى ٦٩/٧ •وقد اعترض الشيخ العدوى على ماأورده الخرشى عن ابن عرفة حيث قال : لم يوجد فى تعريف ابن عرفة لفظة (حبس) فالمناسب اسقاطها لأن الحبس لا يجوز تمليك شىء منه ، وأفاد بعض شيوخنا أن المعنى من الأرض الحبس أى مواتها • حاشية العدوى بهامش شرح الخرشى ٦٩/٧ •

(٥٠) سبل السلام ٨٦/٣ •

بتعريف لا يختلف فى مضمونه عن تعريف القاضى عيـاض وان اختلف معه فى الصياغة حيث قال : وأما الاقطاع فان يقطع له ناحية من الأرض أو شيئا من الأشياء فيجعله له »(٥١) •

من هذه التعاريف يتضح لنا أن الاقطاع معناه تخصيص الدولة قطعة من الأرض أو نحوها من الموارد الطبيعية لمن يراه الامام أهـلا لذلك من جند الاسلام أو غيرهم ، والاقطاع كما يكون فى الأراضى يكون فى غيرها من أنواع المال ، سواء أكان عقارا أم كان منقولا ، وان كان استعماله فى العقار أكثر من غيره •

أنواع الاقطاع :

وقد قسم الفقهاء الاقطاع الى ثلاثة أقسام :

١ ــ اقطاع تمليك • ٢ ــ اقطاع استغلال • ٣ ــ اقطاع ارفاق

وسـوف نتحدث ــ ان شاء الله تعالى ــ عن القسم الأول فقط أما القسم الثانى والثالث فلا دخل لهما فى بحثنا •

اقطاع التمليك :

اذا كانت الشريعة الاسلامية قد فتحت الباب أمام المسـتثمرين والمعمرين للأرض طواعية ، فقـد جعلت للامام الحق فى أن يصطفى بعض من يراهم أهلا لذلك فيقطعهم بعض الأراضى الموات غير المنتفع بها والتابعة للدولة لبعض الأشخاص لاستغلالها واستثمارها والانتفاع بها ، وهذا ما يعبر عنه فقهاء الشريعة الاسـلامية باقطاع التمليك •

(٥١) حلية الفقهاء ص ١٥٢ • الطبعة الأولى ١٤٠٣هـ ــ ١٩٨٣م •

وسوف نتحدث فى هذا النوع من الاقطاع فى بعض النقاط الآتية حتى لا نطيل ونخرج عن دائرة البحث .

أولا : المقصود باقطاع التمليك :

يقصد باقطاع التمليك اعطاء الامام أو من ينوب عنه مساحة من الأراضى الموات لمن تتوفر فيه القدرة من الأشخاص على استثمارها واستغلالها فيملكها بهذا الاعطاء أو الاعمار ملكية تامة .

ثانيا : حكم اقطاع التمليك :

يجوز للامام اقطاع أرضا مواتا لمن يراه أهلا لهذا الاقطاع وذلك لاستغلالها واستصلاحها . وقد استدل الفقهاء على جواز ذلك باقطاع النبى صلى الله عليه وسلم لبعض الصحابة رضي الله عنهم — بعض الأراضى ، وباقطاع الخلفاء من بعده لبعض الأشخاص . وسوف أذكر بعض الآثار الواردة فى ذلك .

١ — ما روى عن ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم أقطع الزبير حضر فرسه(٥٢) فاجرى فرسه حتى قام ثم رمى بسوطه فقال : « أعطوه من حيث بلغ السوط »(٥٣) .

٢ — عن علقمة بن وائل عن أبيه أن رسول الله صلى الله وسلم أقطعه أرضا ، قال : فارسل معى معاوية قال أعطها اياه(٥٤) .

---

(٥٢) (حضر فرسه) أى قدر ارتفاع الفرس فى عدوه . تكملة المجموع ١٤/٤٨٠ .

(٥٣) سنن أبى داود (باب فى اقطاع الأرضين) ٢/١٧٤ .

(٥٤) سنن الدارمى (باب فى القطائع) ٢/٢٦٨ ، وفى رواية : « أقطعه أرضا بحضرموت » سنن أبى داود (باب فى اقطاع الأرضين) ٢/١٧٠ ، وسنن الترمذى (باب ما جاء فى القطائع) ٣/٦٥٦ .

٣ — ما روى أبو عبيد عن طاووس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « عادى الأرض لله ولرسوله ثم هى لكم ، قال : قلت وما يعنى قال تقطعونها الناس »(٥٥) .

٤ — عن أسماء بنت أبى بكر فى حديث ذكرته قالت : «كنت أفعل النوى من أرض الزبير التى أقطعه رسول الله صلى الله عليه وسلم على رأسى وهو منى على ثلثى فرسخ »(٥٦) .

٥ — جاء بلال بن الحارث المزنى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستقطعه أرضا فأقطعها له طويلة عريضة .... »(٥٧) .

قال الشوكانى — رحمه الله — بعد أن ساق هذه الأحاديث : « وأحاديث الباب فيها دليل على أنه يجوز للنبى صلى الله عليه وسلم ومن بعده من الأئمة اقطاع الأراضى وتخصيص بعض دون بعض بذلك اذا كان فيه مصلحة »(٥٨) .

ويقول صاحب تكملة المجموع أيضا بعد أن ذكر بعض هذه الأحاديث « والأحاديث تدل على أنه يجوز للنبى صلى الله عليه وسلم ومن بعده من الأئمة اقطاع الأراضى وتخصيص بعض دون بعض لمن يأنس فيهم القدرة على القيام عليها واحيائها واستنباط منافعها »(٥٩) .

وكما أقطع النبى صلى الله عليه وسلم بعض اراضى الموات لبعض

---

(٥٥) الأموال لأبى عبيد ص ٣٤٧ ، والأم للشافعى ٣/٢٦٨ ، طبعة مصورة عن طبعة بولاق ١٣٢١هـ الدار المصرية للتأليف والترجمة .

(٥٦) نيل الأوطار ٥/٣١١ .

(٥٧) الخراج ليحيى بن آدم القرشى ص ٩٣ .

(٥٨) نيل الأوطار ٥/٣١٢ .

(٥٩) تكملة المجموع ١٤/٤٨١ .

الصحابة كذلك فعل الخلفاء الراشدين ــ رضى الله عنهم ــ من بعده فقد أقطعوا بعض الناس بعض الأراضى •

جاء فى كتاب الخراج ليحى ابن آدم قال : حدثنا هاشم بن عروة عن أبيه أن أبا بكر ــ رضى الله عنه ــ أقطــع الزبير ما بين الجرف الى قنــاة •

وقال : حدثنا الحسن قال : سمعت عبد الله بن الحســن يقول : أن عليا ــ رضى الله عنه ــ سأل عمر بن الخطاب ــ رضى الله عنه ــ فاقطعه ينبع • ــ

وقال : حدثنا قيس بن الربيع عن ابراهيم بن مهاجر عن موسى ابن طلحة قال : أقطع عمر ــ رضى الله عنه ــ خمسة من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم : ســعد بن أبى وقاص ، وعبد الله بن مســعود ، وخباب ، واسامة بن زيد •

وقال : كان بالبصرة رجل يقال له نافع أبو عبد الله ، وكان أول من افتلى الفلى(٦٠) بالبصرة ، فأتى عمر ــ رضى الله عنــه ــ فقال : ان بالبصرة أرضاً ليست بأرض الخراج ولا تضر بأحد من المسلمين ، قال : فكتب اليه أبو موسى يعلمه بذلك ، ويخبره أنه أول من افتلى الفلا بالبصرة ، فقال : أزرعها لخيلى ، قال : فكتب عمر الى أبى موسى : ان كانت ليست تضر بأحد من المسلمين وليست من أرض الخراج فأقطعها اياه(٦١) •

---

(٦٠) الفلى بضم الفاء وكسر اللام وتشديد الياء جمع الفلاَ بفتح الفاء ، والفلا جمع فلاة ، وافتلاؤها رعيها وطلب ما فيها من الكلأ • الخَراج ليحيى بن آدم ص ٧٨ •

(٦١) الخراج ليحيي بن آدم القرشى ص ٧٧ ، ٧٨ ، ٧٩ •

وجاء فى كتاب الخراج لأبى يوسف قال : حدثنى الأعمش عن ابراهيم بن المهاجر عن موسى بن طلحة قال : أقطع عثمان بن عفان لعبد الله بن مسعود رضى الله عنهما فى النهرين ، ولعمار بن ياسر استينيا ، وأقطع خبابا صنعا ، وأقطع سعد بن مالك قرية هرمزان .

ثم قال أبو يوسف . فقد جاءت هذه الآثار بأن النبى صلى الله عليه وسلم أقطع أقواما ، وأن الخلفاء من بعده أقطعوا ، ورأى رسول الله صلى الله عليه وسلم الصلاح فيما فعل من ذلك ، اذ كان فيه تألف على الاسلام وعمارة الأرض ، وكذلك الخلفاء انما أقطعوا من رأوا أن له غناء فى الاسلام ، ونكاية للعدو ورأوا أن الأفضل ما فعلوا(٦٢) .

ثالثا : احياء الغير للأرض الموات المقطعة :

اتفق الفقهاء على أنه لا يجوز للغير ديانة أن يقوم باحياء الأرض المقطعة لغيره قبل انقضاء المدة التى حددها الفقهاء والتى يظل فيها المقطع له الحق من غيره فى احيائها وتعميرها ، لأن هذا يعتبر تعديا على حقوق الآخرين وهذا لا يجوز .

فاذا قام الغير باحياء الأرض الموات المقطعة لغيره قبل انقضاء المدة فهل يملك المحيى هذه الأراضى المقطعة أم لا ؟

للاجابة على هذا السؤال نقول : اختلف الفقهاء فى هذه المسألة على رأيين :

الرأى الأول :

اذا قام شخص باحياء الأراضى الموات المقطعة لشخص آخر قبل

---

(٦٢) الخراج لأبى يوسف ص ٦٢ .

انقضاء المدة المحددة لاستصلاح الأرض وتعميرها فانه يملك ما أحياه وعمره من الأراضى الموات ، والى هذا ذهب بعض فقهاء الحنفية(٦٣)، ورأى عند الشافعية(٦٤) ، ورواية عند الحنابلة(٦٥) ، والظاهرية(٦٦) وبعض فقهاء الزيدية(٦٧) ؛ وبعض فقهاء الامامية(٦٨) .

واستدلوا على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم : « من أحيا أرضا ميتة فهى له فيها أجر وما أكلت العافية منها فهو له منها صدقة »(٦٩).

كما استدلوا أيضا بالاضافة الى ذلك بأن الاقطاع بقصد الاحياء لا يترتب عليه ملكية المقطع لها ، وانما يترتب عليه أحقيته فى احيائهـا وتعميرها . فاقطاع هذه الأراضى لايخرجها عن وصفها الأصلى وهو كونها ميتة ومباحة للجميع .

الرأى الثانى :

أن الشخص اذا قام باحياء الأرض الموات المقطعـة لغيره قبل انقضاء المحددة للمقطع لا يملكها ذلك الشخص الذى أحياها.والى هذا ذهب بعض فقهاء الحنفية(٧٠) ، والرأى الثانى عند الشـافعية(٧١) ،

---

(٦٣) البناية فى شرح الهداية ٤٣١/٩ .
(٦٤) تكملة المجموع ٤٨٣/١٤ .
(٦٥) الكافى فى فقه الامام أحمد بن حنبل ٤٣٩/٢ .
(٦٦) المحلى لابن حزم ٩٧/٩ ، ٩٨ .
(٦٧) البحر الزخار ٧٤/٥ .
(٦٨) الروضة البهية ١٧٦/٧ .
(٦٩) سنن الدارمى ٢٦٧/٢ .
(٧٠) بدائع الصنائع ٣٨٥٣/٨ .
(٧١) روضة الطالبين ٢٨٨/٥ .

والرواية الثانية عند الحنابلة(٧٢) ، وبعض فقهاء الزيدية(٧٣) ، وبعض فقهاء الامامية(٧٤) .

واستدلوا على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم : « من أعمر أرضا ليست لأحد فهو أحق »(٧٥) فهذا الحديث يدل على أن تملك الأراضى بالاحياء لا يكون الا اذا خلا من حق الغير عليها ، ولا شك أن الأرض المقطعة تكون حقا للمقطع ، وهو وان كان لا يملكها الا أن له حق الأولوية فى الاحياء والتعمير .

كما استدلوا أيضا بقول النبى صلى الله عليه وسلم : « ليس لمحتجر بعد ثلاث سنين حق »(٧٦) فدل هذا الحديث بمفهومه على أنه اذا قام شخص باحياء الأرض المقطعة لغيره لا يملكها قبل ثلاث سنين .

هذا بالاضافة الى أن حق المقطع له أسبق على الأرض المقطعة من حق المعمر ، لهذا كان حق المقطع له أولى بالتقديم على المعمر لها ، وبالتالى لا يملك المعمر هذه الأراضى المقطعة .

الرأى الراجح :

بعد هذا العرض لآراء الفقهاء وأدلتهم فاننى أميل الى ترجيح ما ذهب اليه أصحاب الرأى الثانى القائلين بأنه اذا قام شخص باحياء الأرض الموات المقطعة لغيره قبل انقضاء المدة المحددة للمقطع لا يملكها

---

(٧٢) الكافى فى فقه الامام أحمد بن حنبل ٤٣٩/٢ .
(٧٣) البحر الزخار ٧٤/٥ ، ٧٥ .
(٧٤) الروضة البهية ١٧٦/٧ .
(٧٥) صحيح البخارى (باب من أحيا أرضا مواتا) ١٤٠/٣ .
(٧٦) بدائع الصنائع ٣٨٥٣/٨ .

ذلك المحيى ، لأن هذا يؤدى الى التنازع والتشاحن بين الناس ، وطالما لم يظهر اعراض من المقطع له عن الاصلاح والتعمير فبأى وجه يستحق الغير تلك الأرض المقطعة ، هذا بالاضافة لما فى هذا من التعدى على حقوق الآخرين وهذا ينافى العدالة ، كما أن فيه ابطال لقرار الامام الذى أذن للمقطع له والافتيات عليه ، وهذا من شأنه أن يؤدى الى حدوث فوضى فى المجتمع ، والله أعلم .

المطلب الثالث

حق الحمى

الحمى يمتد فيما يذكر الباحثون الى العرب أيام الجاهلية ، حيث كان الشخص من ذوى النفوذ اذا انتجع آنذاك أرضا خصبة ونزلها استعوى كلبا ليحمى لنفسه وخاصته مدى ما يصل اليه منها عواء الكلب من سائر الأطراف(٧٧) .

---

(٧٧) يقول الخطاب : « وأصل الحمى عند العرب أن الرئيس منهم كان اذا نزل منزلا خصبا استعوب كلبا على مكان عال فحيث انتهى صوته حماه من كل جانب فلا يرى فيه غيره ويرعى هو مع غيره فيما سواه » مواهب الجليل ٦/٤ .

ويقول الامام الشافعى ــ رضى الله عنه ــ : « كان الرجل العزيز من العرب اذا انتجع بلدا مخصبا أوفى بكلب على جبل ان كان به أو نشز ان لم يكن ، ثم استعوى كلبا أوقف له من يسمع منتهى صوته بالعواء ، فحيث انتهى صوته حماه من كل ناحية لنفسه ، ويرعى مع العامة فيما سواه ويمنع هذا مع غيره لضعفى ماشيته وما أراد قربه معها . الأم للشافعى ٢٧٠/٣ ، ومختصر المزنى بهامش الأم ١٠٦/٣ .

ويقول ابن قدامة : « كانت العرب فى الجاهلية تعرف ذلك فكان منهم من اذا انتجع بلدا أوفى بكلب على نشز ثم استعواه ووقف له من كل

=

ولما جاء الاسلام نهى عن هذا النوع من الاستيلاء المجرد الحاصل من قبل الأفراد لما فيه من التضييق على الناس ومنعهم من الانتفاع بشيء لهم فيه حق .

فعن ابن عباس — رضى الله عنهما — أن الصعب بن جثامة أخبره أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا حمى الا لله ولرسوله »(٧٨).

وقال صلى الله عليه وسلم : « الناس شركاء فى ثلاث فى الماء والنار والكلأ »(٧٩) .

=

ناحية من يسمع صوته بالعواء فحيثما انتهى صوته حماه من كل ناحية لنفسه ويرعى مع العامة فيما سواه » المغنى لابن قدامة ١٦٦/٦ .

وجاء فى سبل السلام : « وكان فى الجاهلية اذا أراد الرئيس أن يمنع الناس من محل يريد اختصاصه استعوى كلبا من مكان عال ، فالى حيث ينتهى صوته حماه من كل جانب فلا يرعاه غيره ويرعى مع غيره » سبل السلام ٨٣/٣ ، ونيل الأوطار ٣٠٨/٥ .

ويقول صاحب تكملة المجموع : « فان الذى فى الجاهلية كان اذا استولى على بلد أوفى بكلب على جبل أو على نشز من الأرض واستعواه ، فحيث انتهى عواؤه حماه لنفسه فلا يرعى فيه غيره ويشارك الناس فيما سواه ، وهكذا كان كليب بن وائل اذا أعجبته روضة ألقى فيها كلبا وحمى الى منتهى عوائه » تكملة المجموع ٤٩٠/١٤ .

(٧٨) مسند الامام أحمد بن حنبل ٣٨/٤ ، وزاد فى صحيح البخارى « وقال : بلغنا أن النبى صلى الله عليه وسلم حمى النقيع ، وأن عمر حمى السرف والربذة » صحيح البخارى (باب لا حمى الا لله ولرسوله) ١٤٨/٣

(٧٩) سبل السلام ٨٦/٣ ، وفي سنن بن الماجه : « المسلمون شركاء فى ثلاث فى الماء والكلأ والنار وثمنه حرام » سنن ابن ماجة (باب المسلمون شركاء فى ثلاث) ٨٢٦/٢ ، ومسند الامام أحمد بن حنبل ٣٦٤/٥

تعريف الحمى :

عرفه الحطــاب بقوله : « الحمى الشرعى فهو أن يحمى الامام موضعا لا يقع به التضييق على الناس للحاجة العامة الى ذلك اما للخيل التى يحمل عليها الناس للغزو أو لمــاشية الصدقة(٨٠) .

وعرفه صاحب تكملة المجموع : « الحمى هو المنع من احياء الموات ليتوفر فيه الكلأ فترعاه المواشى »(٨١) .

وعرفه ابن قدامة بقوله : « الحمى معناه : أن يحمى أرضـــا من الموات يمنع الناس رعى ما فيها من الكلأ ليختص بها دونهم »(٨٢) .

وعرفه صاحب سبل السلام بقوله : الحمى معناه أن يمنع الامام الراعى فى أرض مخصوصة لتختص برعيها ابل الصدقة مثلا »(٨٣) .

فالمقصود بالحمى : هو أن يحمى الامام من الأراضى الموات كل ما يحقق المصلحة العامة كالحمى من أجل رعى الأغنام المستصلحة من الضرائب ، أو من أجل انشاء مكان لخيل المسلمين وركابهم التى ترصد للجهاد فى سبيل الله أو نحوها من الأغراض .

---

(٨٠) مواهب الجليــل للحطــاب ٤/٦ ، وشرح الخرشى ٤٠/٧ ، والشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقى ٦٩/٤ ، دار احياء الكتب العربية وشرح الزرقانى على مختصر خليل ٦٧/٧ دار الفكر بيروت ١٣٩٨هـ ـ ١٩٧٨م .

(٨١) تكملة المجموع ٤٨٨/١٤ .

(٨٢) المغنى لابن قدامة ١٦٦/٦ .

(٨٣) سبل السلام ٨٣/٣ .

الأدلة على مشروعية الحمى :

هــذا وقد ثبت أن النبى صلى الله عليه وسلم حمى النقيع (٨٤) لابل الصدقة ونعم الجزية وخيل المجاهدين(٨٥) • وأن أبا بكر رضى الله عنه حمى الربذة لابل الصدقة واستعمل عليها مولاه اسامة وتولى عليه قطبة بن مالك الثعلبى رضى الله عنه (٨٦) • وحمى عمر رضى الله عنه الشرف فحمى منه نحو ما حمى أبو بكر بالربذة ، وولى عليه مولى له يقال له هنىء(٨٧) •

هذا وقد ذهب فقهاء المـالكية(٨٨) ، والشـافعية(٨٩) ، وبعض

---

(٨٤) عن ابن عبـاس ـ رضى الله عنهمـا ـ عن الصعب بن جثامة الليثى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حمى النقيع وقال : لا حمى الا لله ولرسوله » مسند الامام أحمد بن حنبل ٧١/٤ •

(٨٥) روضة الطالبين ٢٩٢/٥ •

(٨٦) تكملة المجموع ٤٨٩/١٤ •

(٨٧) عن مالك عن زيد بن أسلم عن أبيه أن عمر بن الخطاب استعمل مولى له يدعى هنيئا على الحمى فقال : ياهنى أضمم جناحك عن الناس واتق دعوة المظلوم فان دعوة المظلوم مستجابة، وأدخل رب الصريمة ورب الغيمة، واياى ونعم ابن عوف ونعم ابن عفان فانهما ان يهلك ماشيتها يرجعا الى نخل وزرع ، وان رب الصريمة ورب الغيمة ان تهلك ماشـيتهما يأتنى ببينـة فيقول يا أمير المؤمنين أفتاركهم أنا ؟ لا أبالك ، فالمـاء والكلأ أيسر على من الذهب والورق وأيم الله انهم ليرون أنى قد ظلمتهم ، انها لبلادهم ومياههم قاتلوا عليها فى الجاهلية وأسلموا عليها فى الاسلام ، والذى نفسى بيده لولا المـال الذى أحمـل عليـه فى سبيل الله ما حميت عليهم من بلادهم شبر » الموطأ (كتاب دعوة المظلوم) ١٠٠٣/٢ •

(٨٨) مواهب الجليل ٣٠/٦ •

(٨٩) تكملة المجموع ٤٩١/١٤ •

الحنابلة(٩٠) ، والزيدية(٩١) ، والامامية(٩٢) ، الى أن تجرد الأراضى الموات من حق الحمى شرط لازم فى الاحياء •

المبحث الثالث

انتفاء كون الموات حريما العامر

وسيكون حديثنا فى هذا المبحث فى بعض النقاط حتى لا نطيل ونخرج عن دائرة البحث •

أولا : تعريف الحريم :

١ ــ تعريف الحريم فى اللغة :

جاء فى المصباح المنير : حريم الشىء ما حوله من حقوقه ومرافقه، سمى به لأنه حرم على غيره مالكه أن يستبد بالانتفاع به(١)

٢ ــ تعريف الحريم فى الاصطلاح :

عرف صاحب روضة الطالبين بقوله : « المواضع القريبة التى يحتاج اليها لتمام الانتفاع ، كالطريق ومسيل الماء ونحوهما »(٢) • وعرفه صاحب الاقناع بأنه : « ما يحتاج اليه لتمام الانتفاع بالعامر »(٣) • وعرفه صاحب مفتاح الكرامة بقوله : « الموضع القريب

---

(٩٠) المغنى لابن قدامة ١٦٨/٦ •
(٩١) البحر الزخار ٧٨/٤ •
(٩٢) شرائع الاسلام فى الفقه الاسلامى الجعفرى ١٦٩/٢ •
(١) المصباح المنير ١٣٣/١ • طبعة دار المعارف •
(٢) روضة الطالبين ٢٨٢/٥ •
(٣) الاقناع ٧٩/٢ •

من موضع معمور ، يتوقف تمام انتفاع ذلك المعمور عليه ، ولا يلد لغير مالك المعمور عليه ظاهرا »(٤) .

فالمراد بالحريم ما يمنع منه المحيى والمحتقر لاضراره ، وسمى بالحريم لأنه يحرم منع صاحبه منه ، ولأنه يحرم على غيره التصرف فيه(٥) .

ثانيا : آراء الفقهاء فى احياء حريم الأرض المعمورة :

اختلف فقهاء الشريعة الاسلامية فى احياء الأراضى التى تعد حريما للأرض المعمورة بأى نوع من أنواع العمران ، هل يجوز للأفراد احيائها وتعميرها وتملكها بالاحياء أم لا ؟ على رأيين :

الرأى الأول :

لا يجوز للأفراد احياء الأراضى التى تعد حريما للأراضى المعمورة وبالتالى لا يجوز تملكها ، سواء أذن الامام فى ذلك الاحياء أم لم يأذن والى هذا ذهب فقهاء الحنفية(٦) ، والشافعية(٧) ، والحنابلة(٨) ،

---

(٤) مفتاح الكرامة ١٣/٧ ، مطبعة الشورى بالقاهرة بمصر ١٣٢٦هـ

(٥) تكملة المجموع ١٤/ ٤٧٠ .

(٦)جاء فى تبيين الحقائق : « ولا يجوز احياء ما قرب من العامر لتحقق حاجتهم اليه تحقيقا أو تقديرا ... وعلى هذا قالوا ليس للامام أن يقطع ما لا غنى للمسلمين عنه » تبيين الحقائق ٣٦/٦ .

(٧) وجاء فى حاشية البرماوى : « ولا يملك بالاحياء ما كان حريما لمعمور وهو ما يحتاج لأجله » حاشية البرماوى ص ٢٢٧ . طبعة بولاق بمصر ١٢٩٨هـ .

(٨) ويقول ابن قدامة : « وما قرب من العامر وتعلق بمصالحه من طرق ومسيل ماء ومطرح قمامته وملقى ترابه وآلاته فلا يجوز احياؤه بغير خلاف فى المذهب » المغنى لابن قدامة ٥٦١/٦ .

والامامية(٩) .

وقد استدل أصحاب هذا الرأى بقوله صلى الله عليه وسلم : « من أحيا أرضا ميتة فهى غير حق مسلم فهى له » مفهوم هذا الحديث أن ما تعلق به حق مسلم لا يملك بالاحياء ، ولأنه تابع للمملوك(١٠) . هذا بالاضافة اننا لو قلنا بجواز احياء ما قرب من العامر لبطل الملك فى العامر على أهله وسقط الانتفاع به(١١) .

ولأن الشارع قد ورد باحياء الموات وهذا من جملة العامر ، ولأننا لو جوزنا ذلك ضيقنا على الناس فى أملاكهم وطرقهم وهذا لا يجوز(١٢)

الرأى الثانى :

أن حريم الأرض المعمورة لا يجوز للأفراد احيائها وتعميرها الا باذن الامام ، فان أذن الامام جاز للأفراد احيائها وتملكها ، لأن هذا التمليك لا يترتب عليه ضرر بمصالح الأرض المعمورة ، حيث لا يترتب عليه تعطيل الانتفاع بالمعمور . والى هذا ذهب فقهاء المالكية(١٣) .

---

(٩) ويقول صاحب التذكرة : « ولا نعلم خلافا بين فقهاء الأمصار أن كل ما يتعلق بمصالح العامر لا يصح احياؤه ولا يملك بالاحياء ، وكذا حريم الآبار والأنهار والحائط والعيون ، وكل مملوك لا يجوز احياء ما تعلق بمصالحه » التذكر باب احياء الموات .

(١٠) المغنى لابن قدامة ١٥١/٦ وشرح منتهى الارادات ٤٦٠/٢ . دار الفكر .

(١١) المغنى لابن قدامة ١٥١/٦ .

(١٢) تكملة المجموع ٤٥٧/١٤ .

(١٣) الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقى ٦٩/٤ .

الرأى الراجح :

ونرى أن ما ذهب اليه جمهور الفقهاء من عدم جواز احياء الأراضى القريبة من العامر سواء أذن الامام فى ذلك أم لا هو الراجح لما ذكروه من أدلة ، ولما فى الاحياء هذا الحريم من تعطيل الانتفاع بالمعمور حيث يتوقف عليه . والله أعلم .

ثالثا : من يملك حريم المعمور :

اتضح لنا مما تقدم أن حريم المعمور على اختلاف أنواعه لا يجوز لأحد تملكه بالاحياء والتعمير ، لتوقف الانتفاع بالأرض المعمورة التى يتبعها هذا الحريم عليه ، ولأن فى تملكه أبطال الملك فى الأرض المعمورة على المالك لها ، وهذا لا يجوز باتفاق الفقهاء .

لكن هل يعد الحريم ملكا لمالك الأرض المعمورة التى يتبعها الحريم أم أنه يعد حقا من حقوق الملك فقط ؟

للاجابة على هذا السؤال نقول : اختلف فقهاء الشريعة الاسلامية فى هذه المسألة على رأيين :

الرأى الأول :

أن حريم الأرض المعمورة على اختلاف أنواعه يكون ملكا لمالك المعمور ، فلا يجوز للغير أن يتعدى على هذا الحريم بأن يحدث تصرفا من التصرفات التى من شأنها أن تؤدى الى تفويت حق مالك المعمور فى معموره ، أو يترتب عليه الاخلال بهذا الحق .

والى هذا ذهب فقهاء الحنفية(١٤) ، وبعض فقهاء الشافعية(١٥) ، وبعض الحنابلة(١٦) ، وبعض الامامية(١٧) واستدلوا على ذلك أن معنى الملك موجود فيه ، لأنه يدخل مع الدار فى البيع فيختص به صاحبها (١٨)

الرأى الثانى :

أن حريم الأرض المعمورة على اختلاف أنواعه لا يكون ملكا لمالك المعمور ، وانما يكون حقــا من حقوق المعمور يرتفق به مالك المعمور ، لتوقف انتفاعه بالمعمور عليه ، وبالتالى فلا يجوز للغير التعدى على هذا الحريم بأى وجه من وجوه الاعتداء . والى هــذا ذهب فقهــاء المــالكية(١٩) ، والرأى الثــانى عند الشــافعية(٢٠) وبعض فقهــاء

---

(١٤) جاء فى تكملة فتح القدير : « فمن أراد أن يحفر فى حريمها منع منه كى لا يؤدى الى تفويت حقه والاخلال به ، وهذا لأنه بالحفر ملك الحريم ضرورة تمكنه من الانتفاع به فليس لغيره أن يتصرف فى ملكه » تكملة فتح القــدير ٧٦/١٠ الطبعــة الأولى ١٣٨٩هـ ـ ١٩٧٠م مصطفى الحلبى بمصر .

(١٥) وجاء فى روضة الطالبين : « هل نقول أنه يملك تلك المواضع؟ وجهان ... أصحهما نعم كما يملك عرصة الدار ببناء الدار » روضــة الطالبين ٢٨٢/٥ .

(١٦) وجاء فى الكافى فى فقه الامام أحمد بن حنبل : «ومن حفر بئرا فى موات ملك حريمها » الكافى فى فقه الامام أحمد بن حنبل ٤٣٨/٢ والمغنى لابن قدامة ١٥١/٦ .

(١٧) التذكرة / باب احياء الموات .

(١٨) المغنى لابن قدامة ١٥١/٦ .

(١٩) التاج والاكليل بهامش مواهب الجليل ٣/٦ ، وشرح الخرشى ٦٧/٧ .

(٢٠) روضة الطالبين ٢٨١/٥ .

الحنابلة(٢١) ، وبعض الامامية(٢٢) •

وهؤلاء الفقهاء يرون أن مالك المعمور وان كان لا يملك هذا الحريم الا أنه أحق به من غيره ، لأن الاحيـاء الذى هو سبب الملك لم يوجد فيهـا(٢٣) •

الرأى الراجح :

بعد هذا العرض لآراء الفقهاء ماننى أميل الى ترجيح ما ذهب اليه أصحاب الرأى الأول القائلين بأن حريم المعمور يكون مملوكا لمالك المعمور ملكية تمكنه من تمام الانتفاع بالمعمور الذى يتبعه هذا الحريم •

فلا يجوز للغير تملك هذا الحريم بالاحياء والتعمير أو احـداث أى تصرف من شأنه أن يعطل الانتفاع بالمعمور الذى يتبعه هذا الحريم

رابعا : تحديد الحريم :

تحديد الحريم أو بيانه يكون عن طريق بيان المساحة أو المسافة التى عند نهايتها ينتهى حريم المعمور ، بحيث يجوز للأفراد تملك ما بعده من الأراضى الموات التى ليست ملكا لأحد وغير منتفع بهـا • وفقهاء الشريعة الاسلامية اختلفوا فيما بينهم هل التحديد يكون بمقادير وأرقام موقتة بغض النظر عن الظروف المكانية والزمانية لمتعلق الحريم ، أم يكون ذلك منوطا بالحـاجة الفعلية والظرف المعين حسـبما يقضى به العرف وتقضى به العادة ؟

---

(٢١) المغنى لابن قدامة ١٥١/٦ •
(٢٢) حاشية شرح اللمعة ٢٥٣/٢ •
(٢٣) المغنى لابن قدامة ١٥١/٦ ، وروضة الطالبين ٢٨١/٥ •

والفقهاء فى هذه المسألة على رأيين :

الرأى الأول :

أن التحديد يكون بمقادير وأرقام مؤقتة بغض النظر عن الظروف الزمانية والمكانية لمتعلق الحريم ، ويتمثل هذا التحديد أكثر ما يتمثل فى العيون والآبار • فقد حدد الحنفية(٢٤) فى الأصح عندهم ، وأكثر الحنابلة(٢٥) ، والامامية (٢٦) فى الأرض الصلبة فى القول المشهور عندهم حريم العين بخمسمائة ذراع من كل جانب • لأن العين تستخرج للزراعة فلابد من مكان يجرى فيه الماء ومن حوض يجمع فيه الماء ومن موضع ينزل فيه المسافر والدواب ، ومن موضع يجرى فيه الى المزارع والمراتع ، فلهذا يقدر بالزيادة(٢٧) •

---

(٢٤) جاء فى بدر المتقى : « وحريم العين خمسمائة ذراع من كل جانب فى الأصح » بدر المتقى فى شرح الملتقى بهامش مجمع الأنهر ٢/٥٥٩ سبل السلام ٣/٨٦ •

ويرى القدورى من فقهاء الحنفية تحديد حريم العين بثلاثمائة ذراع • اللباب ص ٢٢١ طبعة محمد على صبيح بمصر ١٣٤٦هـ ــ ١٩٢٧م ويقول الاترازى تعقيبا على هذا القول : والأصح عندى خمسمائة لأنه يوافق الحديث والتقدير بثلاثمائة بالاجتهاد حتى يأمن الضرر باثبات هذا القدر من الحريم» البناية فى شرح الهداية ٩/٤٤٢ •

(٢٥) وجاء فى شرح منتهى الاردات : « وحريم عين وقناة حفرتا بموات خمسمائة ذراع » شرح منتهى الاردات ٢/٤٦٣ •

(٢٦) وجاء فى شرائع الاسلام : « وللعين الف ذراع فى الأرض الرخوة وفى الصلبة خمسمائة ذراع » شرائع الاسلام فى الفقه الاسلامى الجعفرى ٢/١٦٩ •

(٢٧) مجمع الأنهر ٢/٥٥٩ •

واستدلوا على ذلك بقول النبى صلى الله عليه وسلم : « حريم العين خمسمائة ذراع » (٢٨) وعلى هذا فلا يجوز لأحد أن يحفر فى هذه المساحة عينا أو بئرا ولا يبنى فيها ولا يزرع ، ولصاحب العين منعه من ذلك ، لأن هذه المساحة صارت ملكا له حتى يتسنى له الانتفاع بما حفر بئرا أو عين (٢٩) ٠

كما حدد الامام أبو حنيفة ـ رضى الله عنه ـ حريم البئر بأربعين ذراعا ، سواء أكانت البئر للعطن أم كانت للناضح (٣٠) ٠

واستدل على ذلك بقول النبى صلى الله عليه وسلم : « من حفر بئر فله ما حولها أربعون ذراعا » (٣١) ٠

ولأن حافر البئر لا يتمكن من الانتفاع بالبئر الا بما حولها ، لأنه

---

(٢٨) بدائع الصنائع : ٣٨٥٣/٨ ، ومجمع الأنهر ٥٥٩/٢ ٠

(٢٩) البناية فى شرح الهداية ٤٤٤/٩ ٠

(٣٠) العطن والمعطن : مناخ الأبل ومبركها ، والمراد ببئر العطن التى يخرج ماؤها باليد ٠

والناضح : هو البعير الذى يعلق على البئر لاستخراج الماء منها ، والمراد ببئر الناضح البئر التى يخرج ماؤها بالبعير أو غيره من الحيوانات حاشية الشلبى بهامش تبيين الحقائق ٣٦/٦ ٠

(٣١) عن أبى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « حريم البئر أربعون ذراعا من حواليها كلها لأعطان الابل والغنم وابن السبيل أول شارب ولايمنع فضل ماء فيمنع به الكلأ » مسند الامام أحمد ٤٩٤/٢ وعن عبد الله بن مغفل أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : من حفر بئرا فله أربعون ذراعا عطنا لماشيته ، سنن ابن ماجة (باب حريم البئر) ٨٣١/٢ ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ٠

وفى رواية : « من احتفر بئرا فليس لأحد أن يحفر حوله أربعين ذراعا عطنا لماشيته » سنن الدارمى (باب فى حريم البئر) ٥٥٩/٢ ٠

يحتاج الى أن يقف على شفير البئر ليستقى المـاء والى أن يبنى على شفير البئر ما يركب عليه البكرة والى أن يبنى حوضا يجتمع فيه الماء والى موضـع تقف مواشـيه حالة الشرب وبعده ، فقـدره الشرع بأربعين(٣٢) •

وحدد الصاحبان حريم البئر العطن بأربعين ذراع ، وحريم البئر الناضح بستين ذراع (٣٣) والى هذا ذهب فقهاء الامامية(٣٤) •

واستدل أصحاب هذا الرأى بقول النبى صـلى الله عليه وسلم : « حريم العين خمسمائة ذراع ، وحريم بئر العطن أربعون ذراعا ، وحريم بئر الناضح ستون ذراعا »(٣٥) •

وانما فرق أصحاب هـذا الرأى بين حريم البئر العطن وحريم البئر الناضح فقدروا بالزيادة فى البئر الناضح عنه فى البئر العطن • لأنه فى البئر الناضح قد يحتاج الى يسير دابته للاستقاء ، وقد يطول الحبل ، وبئر العطن الاستقاء منه باليد فقلت الحاجة فلا بد من التفاوت بين بئر العطن وبئر الناضح(٣٦) •

---

(٣٢) تبيين الحقائق ٣٦/٦ •

(٣٣) يقول الكاسـانى : « وحريم البئر العطن أربعـون ذراعا بالاجماع نطقت به السنة ، قال النبى عليه الصـلاة والسـلام : « حريم بئر العطن أربعون ذرعا » وأما حريم بئر الناضح فقد اختلف فيه ، عند أبى حنيفة ــ رحمه الله ــ أربعون ذراعا وعندهما ستون ذراعا ، احتجـا بما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « وحريم بئر النـاضح ستون ذراعا » بدائع الصنائع ٣٨٥٤/٨ •

(٣٤) جاء فى شرائع الاسلام : « وحريم البئر العطن أربعون ذراعا وبئر الناضح ستون » شرائع الاسلام فى الفقه الاسلامى الجعفرى ١٦٩/٢

(٣٥) تبيين الحقائق ٣٦/٦ •

(٣٦) البناية فى شرح الهداية ٤٣٩/٩ ، وتبيين الحقائق ٣٦/٦ •

ويروى الطحاوى من فقهاء الحنفيةأن حريم البئر العطن الى منتهى الحبل حتى ولو تجاوز أربعون ذراعا ، وحريم البئر الناضح الى منتهى الحبل حتى ولو كان أكثر من ستين ذراع (٣٧) ٠

وهناك رأى ثالث أن حريم البئر مطلقا أى سواء كانت بئرا للعطن أو بئرا للناضح عشرة أذرع من كل جانب(٣٨) ٠

أما الامام أحمد — رضى الله عنه — فقد حدد حريم البئر المحدثة بخمس وعشرون ذراعا من كل جانب ، وحريم البئر القديمة خمسون ذراعا من كل جانب(٣٩) ٠

واستدل على ذلك بما روى عن سعيد بن المسيب أنه قال : السنة فى حريم البئر العادى خمسون ذراعا والبدى خمسة وعشرون(٤٠) ٠

---

(٣٧) قال الطحاوى فى مختصرة : « من حفر بئر للعطن فى أرض ميتة ٠٠٠ فله حريمها من كل جانب من جوانبها أربعون ذراعا ، الا أن يكون الحبل يتجاوز أربعين فيكون الى ماينتهى اليه الحبل ، وان كان بئر ناضح فحريمها ستون ذراعا من كل جانب من جوانبها الا أن يكون الحبل يتجاوز الستين فيكون الى منتهى حبلها » حاشية الشيخ أحمد الشلبى بهامش تبيين الحقائق ٦/٣٦ ٠

(٣٨) تبيين الحقائق ٦/٣٦ ثم يرد صاحب تبيين الحقائق على هذا الرأى بقوله : « والصحيح أن المراد أربعون ذراعا من كل جانب ، لأن المقصود دفع الضرر عنه كيلا يحفر آخر بئرا بجانبها فيتحول ماء البئر الأولى الى الثانية ، ولا يندفع هذا الضرر بعشرة أذرع من كل جانب ، فيقدر بأربعين كيلا تتعطل عليه المصالح » تبيين الحقائق ٦/٣٦ ٠

(٣٩) يقول صاحب الكافى : « والمنصوص عن أحمد — رضى الله عنه — أن حريم البئر البدى خمس وعشرون ذراعا من كل جانب ومن سبق الى بئر عادية فاحتفرها فحريمها خمسون ذراعا من كل جانب » الكافى فى فقه الامام أحمد بن حنبل ٢/٤٣٨ ٠

(٤٠) المرجع السابق ٠

كما حدد البعض من هؤلاء الفقهاء حريم غير العين والبئر ، ولكن اكتفينا بهذا حتى لا نطيل ونخرج عن دائرة البحث .

الرأى الثانى :

لا يحدد الحريم على اختلاف أنواعه بمقادير معينة ، بل يكون ذلك منوطا بالحاجة الفعلية والظرف المعين حسبما قضى به العرف وتقضى به العادة . وليس هذا الحكم قاصرا على العين والبئر ، بل يشمل أيضا أشياء كثيرة كالنهر والقناة والأشجار والأراضى المسكونة وغير ذلك .

والى هذا ذهب بعض فقهاء الحنفية(٤١) ، والمالكية(٤٢).

---

(٤١) جاء فى اللباب : « من حفر بئر فى برية موات فله حريمها على قدر الحاجة من كل الجوانب » اللباب فى شرح الكتاب ص١٧٤ .

(٤٢) يقول الشيخ الدردير ـ رضى الله عنه ـ : « فاذا عمروا جماعة بلدا اختصوا بها وبحريمها ، وحريمها مايمكن الاحتطاب منه والمرعى فيه على العادة من الذهاب والاياب مع مراعاة المصلحة والانتفاع بالحطب وحلب الدواب ونحو ذلك » الشرح الصغير بأسفل بلغة السالك ١٨٣/٣ ، والشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقى ٦٧/٤ .

ويقول القاضى عياض : « حريم البئر ما يتصل بها من الأرض التى من حقها أن لايحدث فيها مايضر بها لا باطنا من حفر بئر ينشف ماءها أو يذهبه أو بغيره بطرح نجاسة يصل اليها وسخها ولا ظاهرا كالبناء » الشرح الصغير بأسفل بلغة السالك ١٨٤/٣ .

وقال ابن شاس : « أما البئر فليس لها حريم محدد لاختلاف الأرض بالرخا والصلابة ، ولكن حريمها ما لاضرر معه عليها ، وهو مقدار مالايضر بمائها ولا يضيق مناخ ابلها ولا مرابض مواشيها عند الورود » شرح الخرشي ٦٨/٧ .

ويقول الخرشى : « حريم الدار المحفوفة بالموات ... مايرتفق به أهلها من مكان يطرح فيه ترابها ويسيل فيه ماء ميازيبها » المرجع السابق

والشافعية(٤٣) ، وبعض فقهاء الحنابلة(٤٤) وابن حزم(٤٥) ، وبعض

ويقول الشيخ الدردير – رحمه الله – فى حريم الشجر : « وما فيه مصلحة عرفا لشجرة من نخل أو غيرها فلربها منع من أراد احداث شىء يقربها يضربها من بناء أو غرس أو حفر بئر ونحو ذلك » الشرح الصغير بأسفل بلغة السالك ٣/١٨٤ .

(٤٣) وجاء فى روضة الطالبين : « حريم القرى المحياة ما حولها من مجتمع أهل النادى ومرتكض الخيل ومناخ الابل ومطرح الرماد والسماد وسائر مايعد من مرافقها » « وحريم الدار فى الموات : مطرح التراب والرماد والكناسات والثلج » « والبئر المحفورة فى الموات حريمها الموضع الذى يقف فيه النازح وموضع الدولاب ومتردد البهيمة ان كان الاستيفاء بهما ومصب الماء والموضع الذى يجتمع فيه لسقى الماشية والزرع من حوض ونحوه ، والموضع الذى يطرح فيه مايخرج منه ، وكل ذلك غير محدد ، وانما هو بحسب الحاجة كذا قال الشافعى والأصحاب رضى الله عنهم » ثم يقول صاحب روضة الطالبين عقب كل ذلك : « ولم ير الشافعى رضى الله عنه التحديد ، وحمل اختلاف روايات الحديث فى التحديد على اختلاف القدر المحتاج اليه » روضة الطالبين ٥/٢٨٣ .

وأما القناة ... فحريمها القدر الذى لو حفر فيه لنقص ماؤها ، أو خيف منه انهيار وانكباس ، ويختلف ذلك بصلابة الأرض ورخاوتها » روضة الطالبين ٥/٢٨٣ ، ٢٨٤ .

ويقول صاحب تكملة المجموع : « وحريم النهر وهو ملقى الطين ومايخرج منه من التقن ويرجع فى ذلك الى أهل العرف فى الموضع » تكملة المجموع ١٤/٤٤٦ .

(٤٤) يقول القاضى وأبو الخطاب : ليس هذا على طريق التحديد بل حريمها فى الحقيقة مايحتاج اليه فى ترقية مائها منها ، فان كان بدولاب فقدر مدار الثور أو غيره ، وان كان بساقية فبقدر طول البئر

فقهاء الامامية(٤٦) .

لما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « حريم البئر مد رشائها » ولأنه المكان الذى تمشى اليها لبهيمة ، وان كان يستقى بيده منها فبقدر مايحتاج اليه الواقف عندها ، وان كان المستخرج عينا فحريمها القدر الذى يحتاج اليه صاحبها للانتفاع ولا يستضر بأخذه منه ولو كان ألف ذراع ، وحريم النهر من جانبيه مايحتاج اليه لطرح كمرابته بحكم العرف وذلك أن هذا انما ثبت للحاجة فينبغى أن تراعى فيه الحاجة دون غيرها » الشرح الكبير للمقدسى ١٦٣/٦ مطبوع مع المغنى لابن قدامة .

والحديث أخرجه ابن ماجة فى سننه عن أبى سعيد الخدرى قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « حريم البئر رشائها » سنن ابن‌ماجة (باب حريم البئر) ٨٣١/٢ .

ويقول ابن قدامة : « واذا كان لانسان شجرة فى موات فله حريمها قدر ماتمد اليه أغصانها حواليها وفى النخلة مد جريدها » الشرح الكبير للمقدسى ١٦٥/٦ .

(٤٥) ويقول ابن حزم : « ومن ساق ساقية أو حفر بئرا أو عينا فله ماسقى كما قدمنا ولا يحفر أحد ، بحيث يضر بتلك العين أو تلك البئر أو بتلك الساقية أو ذلك النهر ، أو بحيث يجلب شيئا من مائها عنها فقط ، لاحريم لذلك أصلا غير ماذكرنا ، لأنه اذا ملك تلك الأرض فقد ملك مافيها من ماء فلا يجوز أخذ ماله بغير حق » المحلى لابن حزم ٢٣٩/٨ .

(٤٦) وجاء فى كتاب فقه الامام جعفر الصادق : « والذى أراه أن الحريم يقدر بحسب الحاجة والمصلحة وهى تختلف باختلاف البلدان والأزمان ، وأما النص الوارد فى تحديد الطرق وما اليه فيحمل على مادعت اليه الحاجة والمصلحة فى ذلك العهد » فقه الامام جعفر الصادق ٥٠/٥ .

الرأى الراجح :

والذى أميل الى ترجيحه هو ما ذهب اليه أصحاب الرأى الثانى القائلين بعدم التحديد للحريم المعمور أيا كان نوع المعمور ، وانما يترك هذا للعرف والعادة ، وحسب ما تقتضيه الحاجة اليه ، وذلك لما يأتى :

أولا : أن الآثار التى وردت فى التحديد والتى أغلبها منصبة على العيون والآبار وما يلحق بها من قنوات أخبار مرسلة ومطعون فى سندها(٤٧) .

---

(٤٧) ساق ابن حجر ـ رضى الله عنه ـ فى بلوغ المرام الحديث الذى احتج به الامام ابو حنيفة على تحديد الحريم للبئر بأربعين ذراعا وقال : رواه ابن ماجه باسناد ضعيف : ونصه عن عبد الله ابن مغفل ـ رضى الله عنه ـ أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من حفر بئر فله أربعون ذراعا عطنا لماشيته » رواه ابن ماجة باسناد ضعيف ، وعلق عليه الصنعانى ـ رحمه الله تعالى ـ فقال لأن فيه اسماعيل بن مسلم ، وقد أخرجه الطبرانى من حديث أشعث عن الحسن . وفى الباب عن أبى هريرة عند أحمد « حريم البئر البدى خمسة وعشرون ذراعا وحريم البئر العادى خمسون ذراعا » وأخرجه الدارقطنى من طريق سعيد بن المسيب وأعله بالارسال ، وقال : من أسنده فقدوهم ، وفى سنده محمد بن يوسف المقرى شيخ شيخ الدارقطنى وهو متهم بالوضع ، ورواه البيهقى من طريق يونس عن الزهرى عن ابن المسيب مرسلا وزاد فيه حريم بئر الزراعة ثلثمائة ذراع من نواحيها كلها » وأخرجه الحاكم من حديث أبى هريرة موصولا ومرسلا ، والموصول فيه عمر بن قيس وهو ضعيف .

ثم قال الصنعانى : وظاهر حديث عبد الله أن العلة فى ذلك هى مايحتاج إليه صاحب البئر عند سقى ابله لاجتماعها على الماء ، وحديث =

ثانيا : أن أغلب الأخبار المذكورة متضاربة مع بعضها فى التقدير فمثلا منها يحدد حريم البئر مطلقا بأربعين(٤٨) ذراعا أو بخمسين(٤٩) ومنها ما يحدد البئر العطن بأربعين(٥٠) والناضح بخمسين(٥١) أو ستين(٥٢) ومنها ما يحدد البئر المحدثة بخمس وعشرين(٥٣) أو بأربعين(٥٤) .

والعادية بخمسين(٥٥) أو بأربعين(٥٦) وهكذا ، ومثل هذا نجده بالنسبة الى العيون حيث تتراوح التقادير فيها بين المائتين والألف(٥٧).

=

أبى هريرة دال على أن العلة فى ذلك هى مايحتاج اليه البئر لئلا تحصل المضرة عليها بقرب الاحياء منها . ولذلك اختلف الحال فى البدىء والعادى ، والجمع بين الحديثين أنه ينظر ما يحتاج اليه ، اما لأجل السقى للماشية أو لأجل البئر . انظر سبل السلام ٣/٨٥ .

(٤٨) تبيين الحقائق ٦/٣٦ ، ومجمع الأنهر ٢/٥٥٩ .

(٤٩) الخراج ليحيى بن آدم القرشى ص ١٠٦ .

(٥٠) البناية فى شرح الهداية ٩/٤٣٦ ،وتكملة فتح القدير ١٠/٧٣

(٥١) الأحكام السلطانية للماوردى ص١٨٢ . مطبعة مصطفى الحلبى بمصر ١٩٦٠م .

(٥٢) بدائع الصنائع ٨/٣٨٥٤ .

(٥٣) الكافى فى فقه الامام أحمد بن حنبل ٢/٤٣٨ ، والمحلى لابن حزم ٨/٢٣٩ .

(٥٤) سبل السلام ٣/٨٥ .

(٥٥) تكملة المجموع ١٤/٤٧٠ ، وسبل السلام ٣/٨٥ .

(٥٦) المسالك / احياء الموات .

(٥٧) بدائع الصنائع ٨/٣٨٥٣ ، والبناية فى شرح الهداية٩/٤٣٨ والمحلى لابن حزم ٨/٢٣٩ ، وشرائع الاسلام في الفقه الاسلامي الجعفري ٢/١٦٩ .

ثالثا : أن فى التحديد بأذرع معينة لا يتفق وبعض أنواع المعمور فمثلا بالنسبة للآبار والعيون قد تكون بعض الأراضى صلبة تمسك بمائها ولا تسمح له بالتسرب لمكان آخر ولو كان قريبا ، وبعضها رخوة لا تمسك الماء وتسمح له بتسربه لمكان آخر ولو كان بعيد .

رابعا : هذا بالاضافة الى أن تحديد حريم المعمور بالأذرع لا يفيد فى عصرنا الحديث فاذا أريد انشاء قرية أو مدينة فيترك تحديد الطرق وجميع المرافق الى معرفة المهندسين ، وما يراه أهل الاختصاص من المصلحة ، وليس من شك أن الشرع يقر كل ما فيه الخير والنفع للصالح العام . وأن روايات الحديث حددت المرافق بما يتفق وذاك العصر حيث لا سيارات ولا مطارات .

من أجل ذلك كله رجحت ما ذهب اليه أصحاب الرأى الثانى القائلين بعدم تحديد حرم المعمور بأذرع معينة ، بل يترك ذلك للعرف والعادة ما تقضيه الحاجة . والله أعلم .

الفصل الثانى

الأحكام التى تتعلق باحياء الموات

ويتضمن ثلاثة مباحث :

المبحث الأول

احياء أرض الموات التى سبق احياؤها

الأراضى الموات التى نريد احيائها تنقسم الى قسمين :

القسم الأول : أن تكون الأرض الموات بكرا لم تنتقل الى الأفراد بأى سبب من أسباب الانتقال .

القسم الثانى : أن تكون الأرض الموات غير بكر بأن تكون نقلت الى الأفراد بالاحياء •

فبالنسبة للقسم الأول فان الفقهاء على اختلاف مذاهبهم اتفقوا على جواز وشرعية احياء الأراضى الموات متى توافرت الشروط التى سبق الحديث عنها أما بالنسبة للقسم الثانى فان الفقهاء اختلفوا فى جواز وشرعية احياء الأرض الموات التى سبق احيائها على ثلاثة آراء:

الرأى الأول :

أن الحقوق المكتسبة بالاحياء تسقط بعد صيرورة الأرض مواتا وللغير الحق فى استغلال هذه الأراضى واستثمارها بأى طريقة من طرق الاستثمار والى هذا ذهب بعض فقهاء الحنفية(١) ، وبعض المالكية(٢)، وبعض الامامية(٣) •

واستدلوا على ذلك بعموم قول النبى صلى الله عليه وسلم :

---

(١) جاء فى تبيين الحقائق : « ولو تركها بعد الاحياء وزرعها غيره قيل : الثانى أحق بها ، لأن الأول ملك استغلالها دون رقبها » تبيين الحقائق ٣٥/٦ • وقد نسب هذا القول الى أبى القاسم البلخى • البناية فى شرح الهداية ٤٢٧/٩ •

(٢) جاء فى مواهب الجليل : « من أحيا أرضا ميتة ثم تركها حتى دثرت وطال زمانها وهلكت اشجارها وتهدمت آثارها وعادة كأول مرة ثم أحياها غيره فهى لمحييها آخرا » ثم يقول ابن يونس : وهذا قياسا على الصيد اذاأفلت ولحق بالوحش وطال زمانه فهو للثانى ، مواهب الجليل للحطاب ٣/٦ •

(٣) وجاء فى كتاب فقه الامام جعفر الصادق : « يجوز للثانى احياؤها ، لأن الأول لم يملك رقبة الأرض بالاحياء وانما يملك التصرف ويكون أولى من غيره » فقه الامام جعفر الصادق ٤٩/٦ •

« من أحيا أرضا ميتة فهى له »(٤) . وبما روى عن أمير المؤمنين عمر ابن الخطاب - رضى الله عنه - أنه قال : « أن الأرض لله يورثها من يشاء من عباده والعاقبة للمتقين » . فمن أحيا أرضا من المسلمين فليعمرها ، فان تركها فأخذها رجل آخر فعمرها وأحياها فهو أحق بها(٥).

هذا بالاضافة الى أن المحيى لا يملك رقبة الأرض حتى لا يستطيع غيره نزعها منه بعد تركها بدون عمارة ، وانما هو يملك الانتفاع فقط، ومن ثم فاذا تركها حتى صارت كما كانت عليه من الحالة الأولى من الموات فأحياها شخص آخر كانت له .

كما أستدل أصحاب الرأى الأول أيضا بما روى عن قيس بن الربيع عن الضبى عن أبيه قال : جاء رجل الى على رضى الله عنه فقال : أتيت أرضا قد خربت وعجز عنها أهلها فكريت أنهارا وزرعتها ، قال : كل هنيئا ، وأنت مصلح غير مفسد ، معمر غير مخرب(٦) .

ولأن الأصل أن هذه الأرض مباح ، فاذا تركت حتى تصير مواتا عادت الى الاباحة كمن أخذ ماء من نهر ثم رده فيه (٧) ولأنه موات فجاز احياؤه كسائر الأموات ، لأن حقيقة الأموات ما صار بعد الاحياء مواتا(٨) .

---

(٤) سنن الترمذى ٣/٦٥٥ ، ومسند الامام أحمد بن حنبل ٣/٣٣٨ ، ٣٥٦ ، ٣٨١ .

(٥) المرجع السابق .

(٦) الخراج ليحيى بن آدم القرشى ص٦٣ .

(٧) المغنى لابن قدامة ومعه الشرح الكبير ١/١٤٨ .

(٨) تكملة المجموع ١٤/٤٦٢ .

الرأى الثانى :

أن الحقوق المكتسبة بالاحياء لا تسـقط حتى ولو عادت الأرض الى الموات مرة أخرى والى هذا ذهب بعض فقهاء الحنفية(٩) ، وبعض المالكية(١٠) ، والشافعية(١١) ، والحنـابلة(١٢) ، والظاهرية(١٣) ،

---

(٩) جاء فى تبيين الحقائق : « والأصح أن الأول أحق بها لأنه ملك رقبتها بالاحياء فلا تخرج عن ملكه بالترك » تبيين الحقائق ٦/٣٥ .

(١٠) يقول الشيخ الدردير : « وقيل لا تكون للثـانى أبدا بل لمن أحيـاها ولو طال الزمن قياسـا على من ملـكها بشراء أو ارث أو هبة أو صدقة فاندرست فانها لا تخرج عن ملـكه ولا كلام لمن أحياها اتفـاقا » الشرح الصغير ١٨٣/٣ بأسفل بلغة السالك . وبمثل هذا قال سحنون ورد على من قاسه على الصيد بقوله : « أن الفرق بين الأرض والصيد ، أن الصيد لو ابتاعه ثم نفر ولحق بالوحش لكان لمن صاده بعده ، ولاخلاف أن من اشترى أرضا ثم تبورت فأحياها غيره بعده فانها لمن اشتراها دون من أحياها » المنتقى ٦/٣١ .

(١١) جاء فى تكملة المجموع : « ما كان فى الأصل عامرا من بـلاد الاسلام ثم خرب حتى ذهبت عمارته واندرست آثاره فصـار مواتا ... فمذهب الشافعى فيها أنه لايجوز أن يملك بالاحيـاء سوف عرف اربابه أو لم يعرفوا » تكملة المجموع ١٤/٤٦٢ .

(١٢) جاء فى شرح منتهى الاردات : « وان ملك باحياء ثم ترك حتى دثر وعاد مواتا لم يملك باحياء ان كان لمعصـوم » شرح منتهى الاردات ٢/٤٥٩ .

(١٣) يقول ابن حزم : « وأما ما ملك يوما باحياء أو بغيره ثم دثر وأشفر حتى عاد كأول حالة فهو ملك لمن كان له ، لايجـوز لأحـد تملكه بالاحياء أبدا » المحلى لابن حزم ٨/٢٣٣ .

والزيدية(١٤) ، والامامية فى قول عندهم(١٥) .

واستدلوا على ذلك بالأدلة الآتية :

أولا : قول النبى صلى الله عليه وسلم : « لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيب نفس منه »(١٦) وهذا مال مسلم .

ثانيا : ما روى عن عائشة رضى الله عنها قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «من أحيا أرضا ميتة ليست لأحد فهو أحق بها»(١٧) فجعل زوال الملك عن الموات شرطا فى جواز ملكه ، ودل على أن ماجرى عليه ملك لم يجز أن يملك بالاحياء .

---

(١٤) البحر الزخار ٧٢/٤ .

(١٥) جاء فى فقه الامام جعفر الصادق : « من أحيا أرضا ثم تركها حتى عادت مواتا كما كانت فهل يجوز لغيره احياؤها قال جماعة من الفقهاء لايجوز لأن الأول قد ملكها بالاحياء ، والأصل بقاء الملك حتى يثبت السبب الناقل ، وليس الخراب من الأسباب الناقلة » فقه الامام جعفر الصادق ٤٩/٦ .

(١٦) كنوز الحقائق فى حديث خير الخلائق ١٨٢/٢ مطبوع بأسفل الجامع الصغير للسيوطى . وجاء فى مسند الامام أحمد عن عمرو بن يثربى الضمرى قال : شهدت خطبة النبى صلى الله عليه وسلم بمنى فكان فيما خطب به أن قال : « ولا يحل لامرئ من مال أخيه الا ما طابت به نفسه ، قال : فلما سمعت ذلك قلت يارسول الله أريت لو لقيت غنم ابن عمى فأخذت منها شاه فأحترزتها على فى ذلك شيء ، قال : ان لقيتها نعجة تحمل شفرة وازنادا فلا تمسها » مسند الامام أحمد بن حنبل ١٦٣/٥ .

(١٧) السنن الكبرى للبيهقى ١٤٢/٦ « باب من أحيا أرضا ميتة ليس لأحد ولا فى حق أحد فهى له » دار الفكر .

ثالثـا : ما روى عن اسـامة بن مضرس قال : قال رسـول الله صلى الله عليه وسلم : « من سبق الى ما لم يسبقه مسـلم فهو له ، فخرج الناس يتعادون يتخاطون »(١٨) • وهذا نص ، ولأنهـا أرض استقر عليها ملك أحد المسلمين ، فلم يجز أن تملك بالاحياء ، ولأن ماصار مواتا من عامر المسلمين لم يجز احياؤه بالتملك كالأوقاف والمساجد(١٩)

رابعا : ولأن الأول ملكها بالاحياء على ما نطق به الحديث « فهى له » اذ الاضـافة بلام التمليك لا يزول بالترك ، كمن أخرب داره أو عطل بستانه وتركه حتى مرت عليه سنين فانه لا يخرج من ملكه(٢٠)

خامسا : أن هذه أرض يعرف ما لكها فلم تملك بالاحياء(٢١) • ولأن ملك المحيى أولا لا يزول بالترك كسائر الأملاك(٢٢) •

هذا وقد رد أصحاب هذا الرأى على الخبر الذى استدل به أصحاب الرأى الأول وهو قوله صلى الله عليه وسـلم : « من أحيا أرضا ميتة فهى له » وقالوا أن استدلالهم بهذا الحديث دليل عليهم لأن الأول قد أحياها ، فوجب أن يكون أحق بها من الثانى — لأمرين : الأول : أنه سبق ، والثانى أن ملكه قد ثبت باتفاق(٢٣) •

وأن هذا الخبر مقيد بغـير المملوك بقوله فى الرواية الأخرى : « من أحيا أرضا ميتة ليست لأحد » وقوله « فى غير حق مسلم » وهذا

---

(١٨) نيل الأوطار ٥/٣٠٢ والمعادة الاسراع بالسير ، والمراد بقوله يتخاطون يعملون على الأرض علامات بالخطوط •

(١٩) تكملة المجموع ١٤/٤٦٢ ، ٤٦٣ •

(٢٠) البناية فى شرح الهداية ٩/٤٢٧ •

(٢١) المغنى لابن قدامة ٦/١٤٨ •

(٢٢) شرح منتهى ٢/٤٥٩ •

(٢٣) تكملة المجموع ١٤/٤٦٣ •

يوجب تقييد مطلق الحديث • وقال هاشم بن غروة فى تفسـير قوله عليه الصلاة والسلام : « وليس لعرق ظالم » الظالم أن يأتى الرجل الأرض الميتة لغيره فيغرس فيها • ذكره سعيد بن منصور فى سننه(٢٤)

الرأى الراجــح :

بعد هذا العرض لآراء الفقهــاء وأدلتهم فاننى أميل الى ترجيح ما ذهب اليه أصحاب الرأى الأول الذى يقضى باعطاء الحق للغير فى احياء الأراضى التى تركها صاحبها وآلت الى الخراب والبور ، وذلك استنادا الى النصوص التى تعطى الحق فى احيــاء الأراضى الموات مطلقا ، أى سواء سبق احيائها وخربت أم لا ، والتى منها قول النبى صلى الله عليه وسلم : « من أحيا أرضا ميتة فهى له » •

ولأن العلة فى تملك هذه الأرض الاحياء والعمارة ، فاذا زالت العلة زال المعلول وهو الملك •

هذا بالاضافة الى أنه لو أخذنا الرأى الأول وقلنـــا بعدم جواز احياء الأراضى الموات التى سبق احياؤها لأدى ذلك الى تعطيل الانتفاع بالأرض الموات ، مع أن الشريعة الاسلامية حثت على الانتفاع بالأراضى الموات عن طريق احيائها وتعميرها بما يحقق النفع للجميع •

ولأن المحيى الأول بتركه الأرض وتعريضها للخراب والبوار دليل على اعراضه عنها وتركه لها ، وبالتالى سقط حقه فى الملك • والله أعلم •

---

(٢٤) المغنى لابن قدامة ومعه الشرح الكبير ١٤٨/٦ •

المبحث الثانى

احياء غير المسلمين للموات

لا خلاف بين الفقهاء فى تملك المسلم الأراضى الموات التى ليست ملكا لأحد وفى نفس الوقت غير منتفع بها بأى وجه من الوجوه بالاحياء والتعمير ، وهذا الحق ثابت للمسلم سواء كان رجلا أو امرأة ، وسواء حرا أو عبدا ، غير أن ما يتملكه العبد يكون ملكا لسيده ، لأن العبد وما ملكت يداه لسيده .

ولكنهم اختلفوا فى ثبوت هذا الحق للذمى(١) على ثلاثة آراء :

الرأى الأول :

أن الذمى يحق له تملك الأراضى الموات بالاحياء والتعمير بشرط اذا أذن الامام له بالاحياء . والى هذا ذهب فقهاء الحنفية(٢) ، وبعض فقهاء المالكية(٣) ، وبعض الحنابلة(٤) واستدلوا على ذلك بأن الأحاديث

---

(١) الذمى : هو الشخص غير المسلم الى احدى ديانات أهل الكتاب والذى يقيم فى بلاد الاسلام اقامة دائمة ، يكون له ما للمسلم من حقوق وما عليه من واجبات ، وهو فى حرفى عقيدته ، لا يتعرض له أحد فى هذا ويعتبر من أهل دار الاسلام .

(٢) جاء فى اللباب : « ويملك الذمى الموات كما يملك المسلم ، لأن الاحياء سبب الملك فيستويان فيه كسائر الأسباب الا أنه لا يملكه بدون اذن الامام اتفاقا » اللباب ص ١٧٤ .

(٣) وجاء فى المواهب « قال ابن القصار : للامام أن يأذن لأهل الذمة فى الموات ، قال فى التوضيح : ولم يفرق بين قريب ولا بعيد » مواهب الجليل للحطاب ٦/١١ .

(٤) ويقول ابن قدامة : « ولا فرق بين المسلم والذمى فى الاحياء نص عليه أحمد » المغنى لابن قدامة ٦/١٥٠ .

التى وردت فى احياء الأراضى الموات جاءت مطلقة وعامة ولم تفرق بين المسلم وبين الذمى ولا تخصيص بدون مخصص ، والمطلق يجرى على اطلاقه . ومن هذه الأحاديث قوله صلى الله عليه وسلم : « من أحيا أرضا ميتة فهى له » وقوله عليه الصلاة والسلام : « من أعمر أرضا ليست لأحد فهو أحق بها » وغير ذلك من الأحاديث . ولأن الذميين هم من أهل دار الاسلام فلازم مساواتهم فى الحكم بغيرهم من أهل هذه الدار ، ومن ذلك جواز احياء اراضى الموات وتملكها .

ولأن هذه جهة من جهاه التمليك فاشترك فيها المسلم والذمى كسائر جهاته(٥) .

ولأنها أعيان مباحة فجاز أن يستوى فى تملكها المسلم والذمى كالصيد والحطب ، ولأن من يملك الاصطياد والاحتطاب صح أن يملك بالاحياء كالمسلم ، ولأنه سبب من أسباب التملك فوجب أن يستوى فيه المسلم والذمى كالبيع(٦) .

الرأى الثانى :

أن الذمى لا يحق له احياء الأراضى الموات وتملكها حتى ولو أذن له الامام فى ذلك . لأن الحق فى هذه الأراضى للمسلمين ، واذن الامام لا يقطع حقهم فيه . والى هذا ذهب فقهاء الشافعية(٧) ، وبعض

---

(٥) المغنى لابن قدامة ١٥٠/٦ .

(٦) تكملة المجموع ٤٦١/١٤ ، والبناية فى شرح الهداية ٤٢٨/٩ ، ٤٢٩ .

(٧) جاء فى تكملة المجموع : « ولا يجوز للكافر أن يملك بالاحياء فى دار الاسلام ولا للامام أن يأذن له فى ذلك » تكملة المجموع ٤٥٧/١٤ وجاء فى مغنى المحتاج : « وليس هو أى احياء الأرض المذكورة لذمى ولا لغيره من الكفار كما فهم بالأولى وان أذن له الامام لأنه استعلاء وهو ممتنع فى أرضنا » مغنى المحتاج ٣٦٢/٢ .

فقهاء الحنابلة(٨) ، والظاهرية(٩) ، والزيدية(١٠) .

فقهاء الحنابلة(٨) ، والظاهرية(٩) ، والزيدية(١٠) ، وبعض فقهاء الامامية(١١) .

واستدلوا على ذلك بالأدلة الآتية :

أولا : قال عز وجل : « ان الأرض لله يورثها من يشاء من عباده »(١٢) وقوله تعالى « ان الأرض يورثها عبادى الصالحون »(١٣) . ونحن أولئك لا الكفار ، فنحن الذين أورثنا الله تعالى الأرض فله الحمد كثيرا (١٤) .

ثانيا : قول النبى صلى الله عليه وسلم : « موتان الأرض لله ولرسوله ثم هى لكم منى » فجمع الموتان وجعلها للمسلمين فانتفى أن يكون لغيرهم ، لأنه وجه الخطاب للمسلمين وأضاف ملك الموات اليهم فدل على اختصاصهم بالحكم(١٥) .

---

(٨) وقال ابن حامد : « لا يملك الذمى بالاحياء » وقال القاضى : هو مذهب جماعة من أصحابنا . المبدع فى شرح المقنع ٥/٢٤٩ .

(٩) يقول ابن حزم : « ولا تكون الأرض بالاحياء الا لمسلم وأما الذمى فلا » المحلى لابن حزم ٨/٢٤٣ .

(١٠) البحر الزخار ٤/٧٥ .

(١١) جاء فى التذكرة : « اذا أذن الامام لشخص فى الموات ملكها المحيى اذا كان مسلما ، ولا يملكها الكافر بالاحياء ولو باذن الامام ، فان أذن الامام فأحياها لم يملك عند علمائنا وبه قال الشافعى ، الحلى فى التذكرة / احياء الموات .

(١٢) من الآية رقم ١٢٨ من سورة الأعراف .

(١٣) من الآية رقم ١٠٥ من سورة الأنبياء .

(١٤) المحلى لابن حزم ٨/٢٤٣ .

(١٥) تكملة المجموع ١٤/٤٥٧ ، ٤٦٠ .

ثالثا : روى عن الامام الشافعى — رضى الله عنه — حديث : « الأرض لله ولرسوله ثم هى لكم منى أيها المسلمون » .

رابعا : روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لا يجتمع فى جزيرة(١٦) العرب دينان »(١٧) اشارة الى اجلائهم حتى أجلاهم عمر رضى الله عنه من الحجاز ، فلما أمر بازالة أملاكهم الثابتة فأولى أن يمنعوا من أن يستجيبوا أملاكا محدثة ، لأن استدامة الملك أقوى من الاستحداث ، فاذا لم يكن لهم الأقوى فالأضعف أولى ، ولأن من لم يقر فى دار الاسلام الا بجزية منع من الاحياء كالمعاهد ، ولأن ما لم يملكه الكافر قبل عقد الجزية لم يملكه بعد عقد الجزية(١٨) .

خامسا : أن تملك الأراضى الموات بالاحياء للذمى فيه استعلاء وهذا لا يجوز(١٩) .

سادسا : نقل السبكى عن ابن الجوزى : أن موات الأرض كان لرسول الله صلى لله عليه وسلم ثم رده على أمته(٢٠) .

سابعا : أن موات الدار من حقوق الدار ، والدار للمسلمين فكان الموات لهم كمرافق المملوك لا يجوز لغير المالك احياؤه(٢١) .

---

(١٦) جاء فى بلغة السالك : « اعلم أن الجزيرة مأخوذة من الجزر الذى هو القطع ، ومنه الجزار لقطع الحيوان ، سميت بذلك لانقطاع وسطها الى أجنابها ، لأن البحر محيط بها من جهاتها الثلاث التى هى المغرب والجنوب والشرق ، ففى مغربها بحر جدة بضم الجيم وفتح الدال مشددة ويسمى بالعلزم وبحر السويس ، وفى جنوبها بحر الهند ، وفى مشرقها خليج عمان بضم العين وتخفيف الميم » بلغة السالك ١٨٨/٣ ، وحاشية الدسوقى ٦٩/٤ ، وشرح الخرشى ٧٠/٧ .

(١٧) الموطأ ٨٩٢/٢ .

(١٨) تكملة المجموع ٤٦١/١٤ .

(١٩) مغنى المحتاج ٣٦٢/٢ .

(٢٠) حاشية البرماوى ص ٢٢٦ .

(٢١) المغنى لابن قدامة ١٥٠/٦ .

مناقشـــة الأدلة :

اعترض أصحاب الرأى الأول على حـــديث « موتان الأرض لله ولرسوله ثم هى لكم منى » بأن هذا الحديث لا نعرفه ، وانما نعرف قوله :« عادى الأرض لله ولرسوله ثم هولكم بعد ومن أحيا مواتا من الأرض فله رقبتها » هكذا رواه سعيد بن منصور وهو مرســل ، ثم لا يمتنع أن يكون المراد بقوله : « هى لكم » أى لأهل دار الاســلام والذمى من أهل الدار تجرى عليه أحكامها(٢٢) .

واعترض أصحاب الرأى الثانى على ما اســتدل به الرأى من حديث « من أحيا أرضا مواتا فهى له » أن هذا الخبر وارد فى بيــان ما يقع به الملك ، وقوله : « هى لكم » وارد فى بيان ما يقع له الملك، فصار المفسر فى كل واحد منهما فيما قصد له قاضيا على صاحبه فصار الخبران فى التقدير كقوله : «من أحيا أرضا مواتا من المسلمين فهى له» .

والجواب عن قياســهم على الصــيد والحطب فهو أن منتقض بالغنيمة حيث لم يستو المســلم والذمى فيها مع كونها أعيانا مباحة ، ثم لو سلم من النقض لكان المعنى فى الصــيد والحطب أن لا ضرر على المسلم فيه اذا أخذه الكافر وليس كذلك الاحياء .

لذلك لم يمنع المعاهد من الاصطياد والاحتطــاب وان منع من الاحيــاء(٢٣) .

الرأى الثالث :

أن الذمى يحق له تملك الأراضى الموات بالاحياء ولو لم يأذن له الامام اذا كانت الأراضى الموات بعيدة عن العمــران بشرط أن يكون الاحياء والتعمير خارج جزيرة العرب وهى أرض الحجاز مكة والمدينة

---

(٢٢) المغنى لابن قدامة ٦/١٥٠ ، ١٥١ .
(٢٣) تكملة المجموع ١٤/٤٦١ .

واليمن ومن والاها ، أما الأراضى الموات القريبة من العمران فلا يجوز له احياؤها وتعميرها ولو أذن الامام • والى هذا ذهب فقهاء المالكية(٢٤)

واستدلوا على ذلك بقول النبى صلى الله عليه وسلم : « لايبقين دينان بجزيرة العرب »(٢٥) •

الرأى الراجح :

بعد بيان آراء الفقهاء وأدلتهم وما ورد على بعض هذه الأدلة من اعتراضات وردود فاننى أرجح ما ذهب اليه أصحاب الرأى لقوة أدلتهم ، ولأن الذمى يعتبر من أهل البلاد الاسلامية ، فيكون له ما لنا وعليه ما علينا ، قال النبى صلى الله عليه وسلم : « فاذا قبلوا عقد الذمة فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين •

لكن لابد أن يقيد ذلك بشرط أن لا يكون فى احياء الذمى للأرض الموات ضرر على المسلمين • والله أعلم •

احياء المستأمن(٢٥) والحربى(٢٦) لأرض الموات :

اتفق الفقهاء(٢٧) على عدم جواز احياء المستأمن والحربى

---

(٢٤) يقول الباجى : « فاذا ثبت أن الذمى يحيى فى بلاد المسلمين فان ذلك فيما بعد من العمران ، فأما فيما قرب من العمران فانه يخرج ويعطى قيمة ما عمر ، لأن ما قرب من العمران بمنزلة الفىء والذمى لا حق له فى الفىء ، وكذلك ان عمر فى جزيرة العرب مكة والمدينة والحجاز كله والنجود واليمن فانه يخرج منها ويعطى قيمة عمارته » المنتقى ٦/٢٩ •

(٢٥) المستأمن : هو غير المسلم الذى يدخل الى دار الاسلام بعقد أمان لمدة مؤقتة لغرض من الأغراض السياسية أو التجارية ، وله الأمان على نفسه وولده وماله ، ويعتبر من أهل دار الحرب حكما •

(٢٦) الحربى : هو غير المسلم الذى يكون بين بلاده وبلاد المسلمين حالة حرب أو عداء ولم توقع بين البلدين معاهدات أمن أو صداقة •

(٢٧) مجمع الأنهر ٢/٥٥٨ ، مواهب الجليل ٦/١٠ ، ١١ ، روضة الطالبين ٥/٢٧٩ ، الكافى فى فقه أحمد بن حنبل ٢/٤٣٦ والمحلى لابن حزم ٨/٢٤٣ ، والبحر الزخار ٥/٧٥ ، الروضة الندية ٧/١٣٥ ، ٢٣٦

للأراضى الموات مطلقا أى سواء أذن لهم الامام فى ذلك أم لا ، وسواء كان الموات قريبا من العمران أم بعيدا عنه ، لأنهم ليسا من دار الاسلام فلا يملكان شيء •

المبحث الثالث

ما يثبت بالاحياء من حقوق

اذا أذن الامام لأحد الأشخاص باحياء قطعة من الأراضى الموات التى ليست ملكا لأحد فهى تنتقل اليه ملكية هذه الأرض بكل مقوماتها من عين ومنفعة وغير ذلك ، أو أن حقه فيها لا يتعدى نطاق حق المنفعة دون ملكية العين ؟

للاجابة عن ذلك أقول ــ وبالله التوفيق ــ اختلف الفقهاء فى مدى الحق المكتسب بالاحياء على رأيين :

الرأى الأول :

أن الحق المكتسب بالاحياء هو ملكية العين ملــكية تامة • والى هذا ذهب بعض فقهاء الحنفية(١) ، وفقهاء المالكية(٢) ، والشافعية(٣) ،

---

(١) جاء فى البناية : « أن من أحيا أرضا ميتة هل يملك رقبتها : ثم قال : وعند عامة المشايخ يملك رقبته ، البناية فى شرح الهداية٩/٤٢٧ وجاء فى شرح العنــاية : « ان المشــايخ رحمهم الله اختلفوا فى أن احياء الموات يثبت ملك الاستغلال أو ملك الرقبة » • ثم قال « وعامتهم الى الثانى استدلالا بالحديث » شرح العناية ٨/٧١ •

(٢) ويقول الباجى : « من أحيا أرضا مواتا فقد ملكها ، ولا تخرج عن يده لتعطيله لها فان عمرها غيره فالأول أحق بها » المنتقى شرح موطأ مالك ٦/٣٠ •

(٣) ويقول صاحب تكملة المجموع : « يستحب احياء الموات ••• وتملك به الأرض » تكملة المجموع ١٤/٤٥٦ •

والحنابلة(٤) ، والزيدية(٥) ، والامامية(٦) .

واستدلوا على ذلك بقول النبى صلى الله عليه وسلم : « من أحيا أرضا مواتا فهى له » وقوله عليه الصلاة والسلام : « عادى الأرض لله ولرسوله ثم هى لكم » وغير ذلك من الأحاديث التى تفيد ملكية الأرض الميتة للمحيى ملكية تامة .

الرأى الثانى :

أن الحق المكتسب بالاحياء هو حق الاستغلال فقط . أى أنه اذا أحيا شخص أرضا مواتا يكون له حق استغلالها والانتفاع بها فقط دون أن يملك رقبتها .

والى هذا ذهب أبو القاسم البلخى(٧) من فقهاء الحنفية .

واستدل على ذلك أن هذه الأرض قبل الاحياء مباحة ، فيكون حكمها حكم المباحات ومن جلس فى مكان مباح فان له الانتفاع به ، فاذا

---

(٤) يقول ابن قدامة : « وعامة فقهاء الأمصار على أن الموات يملك بالاحياء وان اختلفوا فى شروطه » المغنى لابن قدامة ٦/١٤٧ .

(٥) البحر الزخار ٤/٧٢ ، ٧٣ .

(٦) وجاء فى فقه الامام جعفر الصادق : « وكل من بذل جهدا لاحياء الأرض وازال الأسباب التى تحول دون الانتفاع بها فهو أحق بها من غيره» فقه الامام جعفر الصادق ٥/٤٧ .

(٧) جاء فى البناية : « أن من أحيا أرضا ميتة هل يملك رقبتها ؟ قال بعضهم منهم أبو القاسم لا يملك وانما يملك استغلالها » البناية فى شرح الهداية ٩/٤٢٧ .

وجاء فى شرح العناية : « فذهب بعضهم منهم الفقيه أبو القاسم أحمد البلخى رحمه الله الى الأول ـ أى يملك استغلالها ـ قياسا على من جلس فى موضع مباح فان له الانتفاع به فاذا قام عنه وأعرض بطل حقه» شرح العناية ١٠/٧١ .

قام عنه وأعرض بطل حقه وكان لغيره الانتفاع به فكذلك الحكم هنا(٨)
كما استدل بحديث « فهو أحق بها » فهى اضافة التخصيص أى هو
المنتفع بها بدون ملك(٩) •

الرأى الراجح :

والراجح من هذه الآراء ما ذهب اليه أصحاب الرأى الأول
القائلين بملكية الأرض ملكية تامة بالاحياء،لأنها ملكها بالاحياء كما جاء
فى الحديث « فهى له » اذ الاضافة فيه بلام التمليك •

الفصل الثالث

طرق احياء الأرض الموات

اتفق الفقهاء على أن احياء الأراضى الموات التى ليست ملكا لأحد
وغير منتفع بها يكون بكل وسيلة جرى العرف، والعادة على اعتبارها
احياء وانتفاعا بالأرض،سواء كان ببنائها مساكن أو حظائر لمنافع خاصة
أو عامة ، بتهيئتها واعدادها للزراعة وما الى ذلك مما تقتضيه مصالح
الناس وتتطلبه رغباتهم • فأى وسيلة مشروعة تحقق لهم ذلك كانت
موافقة لغرض الشارع •

اذن فالمرجع فى ذلك الى الأعراف والعادات السائدة وقت الاحياء
فان من نهج الشريعة الغراء فيما لم يرد به نص أو فيما لم تكن فيه
حقيقة شرعية رد الناس الى المعهود عندهم المتعارف بينهم •
جاء فى تكملة المجموع : « يختلف الاحياء باختلاف المقصود
منه ، ولما كان الشارع قد أطلق الاحياء ولم يحده ، ولما كان ليس

---

(٨) شرح العناية ١٠/٧٠ •
(٩) البناية فى شرح الهداية ٩/٤٢٧ •

للاحياء فى اللغــة حد وجب الرجوع الى العرف كالحرز والقبض ، وضابطه تهيئة الشيء لما يقصد منه غالبا • فان أراد مسكنا نظرت الى العرف الشائع فى المكان الذى يجرى فيه الاحياء سكنا كتحويطه بالآجر أو اللبن أو القصب على عادة المكان »(١) •

وقال الإمام الشافعى ــ رحمه الله ــ : « وانما يكون الاحيــاء ما عرفه الناس احياء لمثل المحيا ان كان مسكنا فانه يبنى بمثــل يبنى به مثله من بنيان حجر أو لبن ، أو مدر يكون مثله بناء،وهكذا ما احيا الآدمى من منزل له أو لدواب من حظائر أو غيره فأحياه ببناء حجــر أو مدر أو بماء لأن هذه العمارة بمثل هذا »(٢) •

وجاء فى روضة الطالبين : « قال الأصحاب : المعتبر ما يعد احياء فى العرف ويختلف باختلاف ما يقصد به وتفصيله بمسائل :

احداها اذا أراد المسكن ، اشــترط التحويط بالآجر أو اللبن أو الطين أو القصب أو الخشب بحسب العادة ، ويشترط أيضــا تسقيف البعض ونصب الباب على الصحيح فيهما •

الثانية : اذا أراد زريبة للدواب أو حضيرة يجفف فيها الثمار أو يجمع فيها الحطب أو الحشيش،اشترط التحويط ، ولا يكفى نصب سعف وأحجار من غير بناء ، لأن المتملك لا يقتصر على مثله فى العادة، وانما يفعله المجتاز •

الثالثة اذا أراد مزرعة اشترط أمور :

أحدها : جمع التراب حواليه لينفصل المحيى عن غيره ، وفى معناه نصب قصب وحجر وشوك ولا حاجة الى التحويط •

---

(١) تكملة المجموع ٤٦٤/١٤ •

(٢) الأم ٢٦٥/٣ •

الثانى : تسوية الأرض بطم المنخفض وكسح المستعلى وحراثتها وتليين ترابها ، فان لم يتيسر ذلك الا بمــاء يســاق اليها ، فلابد منه لتتهيأ للزراعة •

الثالث : ترتيب ماء لها بشق ساقيه من نهر أو بحفر بئر أو قناة وســقيها •

الرابع : اذا أراد بستانا أو كرما فلابد من التحويط ، والرجوع فيما يحوط به الى العادة • فان كانت عادة البلد بناء جدار اشــترط البناء ، وان كان عادتهــم التحويط بالقصــب والشــوك اعتبرت عادتهم(٣) •

واستدل الشــافعية على ما ذكروه بقوله صلى الله عليه وسلم : « من أحيا أرضا مواتا فهى له » فقد أطلق الحديث الاحياء ولم يبين فحمل على المتعارف(٤) •

أما فقهاء الحنابلة فقد ذكروا فى صفة الاحياء روايتين :

الرواية الأولى عن الامام أحمد فقال : الإحياء أن يحوط عليها – أى على الأرض – حائطا أو يحفر فيها بئرا أو نهرا ، ولا يعتبر فى ذلك تســقيف وذلك لما روى الحسن عن ســمرة أن رســول الله صلى الله عليه وسلم قال : « من أحاط حائطا على أرض فهى له »(٥) ولأن الحائط حاجز منيع فكان احياء أشبه ما لو جعلها حظيرة للغنم • ولابد أن يكون الحائط منيعا يمنع ما وراءه ، ويكون مما جرت العادة بمثله ، ويختلف باختلاف البلدان ، فان كان مما جرت عادتهم بالبناء بالحجر وحده كأهل حوران أو بالطين كأهل الغوطة بدمشق أو بالخشب أو القصب كأهل الغور كان ذلك احياء •

---

(٣) روضة الطالبين ٥/٢٨٩ ، ٢٩٠ •

(٤) تكملة المجموع ١٤/٤٦٣ •

(٥) سبل السلام ٣/٨٤ •

والرواية الثانية : الأحياء ما تعــارفه الناس احياء لأن الشرع ورد بتعليق الملك عليه ولم يبينه ولا ذكر كيفيته فيجب الرجوع فيه الى ما كان احياء فى العــرف ، كما أنه لما ورد باعتبــار القبض والحرز ولم كيفيته كان المرجع فيه الى العرف ، ولأن الشارع لو علق الحكم على مسمى باسم لتعلق بمسماه عند أهل اللسان فلذلك يتعلق الحــكم بالمســمى احياء عند أهل العرف ، ولأن النبى صــلى الله عليه وسلم لا يعلق الحكم على ما ليس الى معرفته طريق فلما لم يبينه تعين العرف طريقا لمعرفته ، اذ ليس له طريق سواه •

اذا ثبت هذا فان الأرض تحيــا دارا للســكنى وحظيرة ومزرعة فاحياء كل واحدة من ذلك بما تتهيأ به للانتفاع الذى اريدت له •

فأما الدار فبأن يبنى حيطانها بما جرت به العادة ويسقفها لأنها لا تصلح للسكنى الا بذلك ، والحظيرة احياؤها بحائط جرت به العادة لمثلها ، وليس من شرطها التسقيف لأن العادة لم تجربه ، وان أرادها للزراعة فبأن يهيئها لامكان الزرع فيها ، فان كانت لا تزرع الا بالماء فبأن يسوق اليها ماء من نهر أو بئر ، وان كان المانع من زرعها كثرة الحجارة كأرض الحجاز فاحياؤها بقلع أحجارها وتنقيتها حتى تصلح للزرع وان كانت غياضا أو أشجارا كأرض الشعر فبأن يقلع أشجارها ويزيل عروقها المانعة من الزرع ، وان كانت ممــا لا يمكن زرعهــا الا بحبس الماء عنه كأرض البطائح فاحياؤها بسد الماء عنها وجعلها بحال يمكن زرعها ، لأن بذلك يمكن الانتفاع بها فيما أرادها له(٦) •

أما فقهاء الحنفية فانهم يرون أن احياء الأرض أن يجعلها صالحة للزراعة(٧) •

---

(٦) الشرح الكبير للمقدسى ١٦٠/٦ ، ١٦١ ، ١٦٢ •

(٧) يقول السرخسى : « الاحياء أن يجعلهــا صــالحة للزراعة بأن كربها أو ضرب عليها المسناة أو شق لها نهرا » المبسوط ١٦٧/٢٣،١٦٨

وفقهاء المالكية يرون أن احياء الأرض الموات يكون بواحد من أمور سبعة ذكرها الشيخ الدردير رضى الله عنه بقوله : « والاحياء يكون بأحد أمور سبعة :

الأول : بتفجير ماء لبئر أو عين فتملك به ، وكذا تملك الأرض التى تزرع بها .

والثانى : بازالة الماء منها حيث كانت الأرض غامرة بالماء .

والثالث : ببناء بأرض .

والرابع : بسبب غرس لشجر بها .

والخامس : بسبب تحريك أرض بحرثها ونحوه .

والسادس : يكون بسبب قطع شجر بها مبنية وضع يده عليها .

والسابع : بسبب كسر حجرها مع تسويتها (٨) .

وقال ابن الماجشون : أن الاحياء حفر الآبار وشق العيون وغرس الشجر وبناء البيان وتسييل ماء الردغة من الأرض وقطع الحياض والفحص عن الأرض بما تعظم مؤنته وتبقى منفعته(٩) .

أما ابن حزم فان الاحياء عنده يكون قلع ما فى الأرض من عشب أو شجر أو نبات بنية الاحياء ، لا بنية أخذ العشب والاحتطاب فقط، أو جلب ماء اليها من نهر أو من عين ، أو حفر بئر فيها لسقيها منه، أو حرثها ، أو غرسها ، أو تزبيلها ، أو ما يقوم مقام التزبيل من نقل تراب اليها أو رماد أو قلع حجارة أو جرد تراب ملح عن وجهها حتى يمكن بذلك حرثها أو غرثها ، أو أن يختط عليها بحظيرة للبناء ،

---

(٨) الشرح الصغير ١٨٦/٣ بأسفل بلغة السالك .

(٩) المنتقى شرح موطأ الامام مالك ٣٠/٦ .

فهذا كله احياء فى لغة العرب التى خاطبنا الله تعالى على لسـان نبيه صلى الله عليه وسلم(١٠) ٠

وفقهاء الزيدية يرون أن الاحياء يكون بالحرث والزرع أوالغرس أو امتداد الكرم أو ازالة الخمر ــ أى الشجر الذى يغطى الأرض ــ أو التنقية(١١) ٠

أما فقهاء الامامية فيرون أن الاحياء يرجع فيه الى ما تعارف عليه الناس(١٢) ٠

وبنـاء عـلى ما تقـدم فان المشرع جعـل الاحيـاء سـببا فى تملك الأراضى الموات التى ليس ملكا لأحد وغير منتفع بها بأى وجه من الوجوه ، وأطلق هذا السبب ولم يبينه بذكر الأمور أو الأعمال التى يتحقق بها ، فكان الأوفق والأرفق بالناس ترك ذلك للعرف والعادة فى الجهة التى تقع فيها هذه الأراضى ، ويكون الضابط فى ما يتحقق احياء الأراضى هو تهيئة الأرض واعدادها لتكون صالحة لتحقيق الغرض الذى قصده المحيى من احيائها غالبا حسب عرف الجهة التى توجد فيها هذه الأرض ٠ فوسائل الانتفاع بالأرض متنوعة ومتعـددة ، وما يجرى العرف يعتبر بيانا لما ورد من المشرع مطلقا ٠ والمطلوب شرعا هو ألا تترك الأراضى عاطلة عن الانتاج ميتة لا حياة لها ، نظرا لأن فى تركها على هذه الصـفة يؤدى الى اضـعاف المستوى المـادي والمعيشى والاقتصادي للأفراد والجماعات والأمم ٠ والله أعلم ٠

تم بحمد الله

---

(١٠) المحلى لابن حزم ٢٣٨/٨ ٠

(١١) السيل الجرار المتدفق ٢٢٧/٣ ٠

(١٢) جاء فى شرائع الاسلام : « الطرف الثانى فى كيفية الاحياء والمرجع فيه الى العرف لعدم التنصيص شرعا أو لغة ، وقد عرف أنه اذا قصد سكنى أرض فأحاط ولو بخشب أو قصب أو سقف مما يمكنه سكنه سمى احياء » شرائع الاسلام في الفقه الاسلامي الحيلى ١٧٠/٢ ٠

أهم مراجع البحث

أولا : القرآن الكريم :

ثانيا : كتب الحديث وشروحه :

١ ــ جامع الأصول فى أحاديث الرسول • تأليف الامام مجد الدين أبى السعادات المبارك بن محمد بن الأثير الجزرى المتوفى سنة ٦٠٦هـ الطبعة الثانية ١٤٠٣هـ ــ ١٩٨٣م • دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع •

٢ ــ الجامع الصغير فى أحاديث البشير النذير • تأليف الامام جلال الدين عبد الرحمن بن أبى بكر السيوطى المتوفى سنة ٩١١هـ • الطبعة الخامسة • مطبعة مصطفى الحلبى بمصر •

٣ ــ سبل السلام : تأليف الامام محمد بن اسماعيل الكحلانى ثم الصنعانى المعروف بالأمير المتوفى سنة ١١٨٢هـ • الطبعة الرابعة ١٣٧٩هـ ــ ١٩٦٠م • مطبعة مصطفى الحلبى بمصر •

٤ ــ سنن ابن ماجة : تأليف الامام أبى عبد الله بن يزيد القزوينى المتوفى سنة ٢٧٥هـ دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع •

٥ ــ سنن أبى داود : تأليف الامام أبو داود سليمان بن الأشعث ابن اسحاق الأزدى السجستانى • الطبعة الثانية ١٤٠٣ هـ ــ ١٩٨٣م • مطبعة مصطفى الحلبى بمصر •

٦ ــ سنن الترمذى : تأليف الامام أبى عيسى محمد بن عيسى بن سورة المتوفى سنة ٢٧٩هـ الطبعة الثانية ١٣٩٨هـ ــ ١٩٧٨م • مطبعة مصطفى الحلبى بمصر •

٧ ــ سنن الدارمى : تأليف الامام أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمن ابن الفضل بن بهرام الدارمى المتوفى سنة ٢٢٥هـ • نشر دار احياء السنة النبوية •

٨ ــ السنن الكبرى : تأليف الامام أبو بكر أحمد بن الحسين بن على ــ المتوفى سنة ٤٥٨هـ دار الفكر •

٩ ـ صحيح البخارى : تأليف الامام أبى عبد الله محمد بن اسماعيل ابن المغيرة بن بردذبة البخارى المتوفى سنة ٢٥٦هـ • طبعة دار الشعب •

١٠ ـ صحيح مسلم : تأليف الامام أبى الحسين مسلم القشيرى النيسابورى المتوفى سنة ٢٦١هـ • طبعة مصطفى الحلبى بمصر •

١١ ـ فتح البارى بشرح البخارى : تأليف الامام شهاب الدين أبى الفضل أحمد بن على بن محمد الكنانى بن حجر العسقلانى المتوفى سنة ٨٥٢هـ • طبع سنة ١٣٧٨ هـ ـ ١٩٥٩م بمطبعة مصطفى الحلبى بمصر•

١٢ ـ كنوز الحقائق فى حديث خير الخلائق : تأليف الامام عبدالرءوف المناوى • مطبوع بأسفل الجامع الصغير للسيوطى • الطبعة الخامسة • مطبعة مصطفى الحلبى بمصر •

١٣ ـ مختصر سنن أبى داود : تأليف الإمام زكى الدين عبد العظيم ابن عبد القوى المنذرى المتوفى سنة ٦٥٦هـ • مطبعة السنة المحمدية •

١٤ ـ مسند الامام أحمد بن حنبل • دار الفكر العربى •

١٥ ـ الموطأ : تأليف الامام مالك بن أنس الأصبحى المتوفى سنة١٧٩هـ ـ دار احياء الكتب العربية (عيسى الحلبى) •

١٦ ـ نصب الراية لأحاديث الهداية:تأليف الامام جمال الدين أبى محمد عبد الله بن يوسف الحنفى الزيلعى المتوفى سنة ٧٦٢هـ • الطبعة الأولى ١٣٥٧هـ ـ ١٩٣٨م مطبعة دار المأمون بمصر •

١٧ ـ نيل الأوطار شرح منتقى الأخيار : تأليف الامام محمد بن على ابن محمد الشوكانى المتوفى سنة ١٢٥٥هـ • الطبعة الأولى ١٣٥٧هـ • المطبعة العثمانية المصرية •

ثالثا : كتب الفقه :

(أ) الفقه الحنفى :

١ ــ الاختيار لتعليل المختار : تأليف العلامة عبد الله بن محمود بن مودود • طبع الجهاز المركزى الكتب الجامعية والمدرسية والوسائل التعليمية ١٤٠٠هـ ــ ١٩٨٠م •

٢ ــ بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع : الفقيه علاء الدين أبى بكر ابن مسعود الكاسانى المتوفى سنة ٥٨٧هـ • الناشر زكريا على يوسف • مطبعة القاهرة بمصر •

٣ ــ بدر المتقى فى شرح الملتقى : دار الطباعة العامرة ١٣١٩هـ •

٤ ــ البناية فى شرح الهداية : تأليف الفقيه أبى محمد محمود بن أحمد العينى • الطبعة الأولى ١٤٠١هـ ــ ١٩٨١م • دار الفكر

٥ ــ تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق : تأليف العلامة فخر الدين عثمان بن على الزيلعى مصورة عن الطبعة الأولى ١٣١٥ هـ • مطبعة بولاق بمصر • دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت ــ لبنان •

٦ ــ حاشية الشيخ شهاب الدين أحمد الشلبى على شرح كنز الدقائق مطبوع بهامش تبيين الحقائق • الطبعة الأولى ١٣١٥هـ مصورة عن مطبعة بولاق مصر دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت ــ لبنان •

٧ ــ حاشية الفقيه الطحاوى على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فى فقه مذهب الإمام الأعظم أبى حنيفة طبعة بولاق ١٢٨٢هـ •

٨ ــ الخراج : تأليف القاضى أبى يوسف يعقوب بن ابراهيم المتوفى سنة ١٨٢هـ دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت ــ لبنان •

٩ ــ شرح العناية على الهداية : للامام أكمل الدين محمد بن محمود

البابرتى المتوفى سنة ٧٨٦هـ . مطبوع مع نتائج الأفكار . الطبعة الأولى ١٣٨٩هـ — ١٩٧٠م . مطبعة مصطفى الحلبى بمصر .

١٠ — اللباب فى شرح الكتاب تأليف العلامة عبدالغنى الميدانى الدمشقى المتوفى سنة ٤٢٨هـ طبعة محمد على صبيح بمصر ١٣٤٦ هـ — ١٩٢٧ م .

١١ — المبسوط : لشمس الأئمة محمد بن أحمد بن سهل السرخسى المتوفى سنة ٤٨٣هـ الطبعة الثالثة . دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت — لبنان .

١٢ — مجمع الأنهر فى شرح ملتقى الأبحر : تأليف المحقق عبد الرحمن ابن الشيخ محمد بن سليمان المعروف بدماد أفندى . دار الطباعة العامرة ١٣١٩هـ .

١٣ — نتائج الأفكار فى كشف الرموز والأسرار : تأليف الامام شمس الدين أحمد بن قودر المعروف بقاضى زاده الطبعة الأولى ١٣٨٩هـ — ١٩٧٠م . مطبعة مصطفى الحلبى بمصر .

(ب) الفقه المالكى :

١ — بلغة السالك لأقرب المسالك الى مذهب الامام مالك : تأليف الشيخ أحمد بن محمد الصاوى على الشرح الصغير للدردير . طبع بدار احياء الكتب العربية (عيسى الحلبى بمصر) .

٢ — التاج والاكليل لمختصر خليل : تأليف العلامة أبى عبد الله محمد ابن يوسف بن أبى القاسم العبدرى الشهير بالمواق المتوفى سنة ٨٩٧هـ . الطبعة الثانية ١٣٩٨هـ — ١٩٧٨م . دار الفكر مطبوع بهامش مواهب الجليل للحطاب .

٣ — حاشية الشيخ محمد البنانى . دار الفكر بيروت — لبنان ١٣٩٨هـ — ١٩٧٨م . مطبوعة بهامش شرح الزرقانى على مختصر خليل .

٤ ــ حاشية العلامة على الصعيدى العدوى • دار صادر بيروت ــ لبنان مطبوعة بهامش شرح الخرشى على مختصر خليل •

٥ ــ شرح العلامة أبى عبد الله محمد بن عبد الله بن على الخرشى المتوفى سنة ١١٠١هـ على مختصر خليل•دار صادر بيروت•لبنان

٦ ــ الشرح الصغير : تأليف الفقيه أحمد بن محمد بن أحمد الدردير العدوى المتوفى سنة ١٢٠١هـ • مطبوع بأسفل بلغة السالك • طبع بدار احياء الكتب العربية •

٧ ــ شرح الشيخ عبد الباقى الزرقانى على مختصر خليل•دار الفكر بيروت ١٣٩٨ هـ ــ ١٩٧٨م •

٨ ــ الشرح الكبير:تأليف:أبى البركات أحمد بن أحمد الدردير العدوى على مختصر خليل • مطبوع بهامش حاشية الدسوقى • طبع بدار احياء الكتب العربية •

٩ ــ المدونة الكبرى : للامام مالك بن أنس الأصبحى المتوفى سنة ١٧٩هـ • مطبعة السعادة بالقاهرة ١٣٢٤هـ •

١٠ ــ المنتقى شرح موطأ الامام مالك:تأليف القاضى أبى الوليد سليمان ابن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث الباجى المتوفى سنة ٤٩٤هـ• مصورة عن الطبعة الأولى ١٣٣٢هـ • مطبعة السعادة بمصر • دار الكتاب العربى بيروت ــ لبنان •

١١ ــ مواهب الجليل لشرح مختصر خليل : تأليف الامام أبى عبد الله محمد بن عبد الرحمن المغربى المعروف بالحطاب المتوفى سنة ٩٥٤هـ • الطبعة الثانية ١٣٩٨هـ ــ ١٩٧٨م • دار الفكر •

(جـ) الفقه الشافعى :

١ ــ الأحكام السلطانية : تأليف العلامة أبو الحسن على بن محمد بن حبيب المتوفى سنة (٤٥٠هـ) مطبعة مصطفى الحلبى بمصر ١٩٦٠م

٢ ــ الاقناع فى حل ألفاظ أبى شجاع : تأليف الشيخ محمد الشربينى الخطيب المتوفى سنة ٩٧٧هـ • دار احياء الكتب العربية (عيسى الحلبى) •

٣ ــ الأم : تأليف الامام أبى عبد الله محمد بن ادريس الشافعى المتوفى سنة ٢٠٤هـ • طبعة مصورة عن طبعة بولاق ١٣٢١هـ • الدار المصرية للتأليف والترجمة •

٤ ــ تكملة المجموع شرح المهذب : للشيخ محمد نجيب المطيعى وهى التكملة الثانية • الناشر زكريا على يوسف•مطبعة القاهرة بمصر

٥ ــ حاشية الشيخ برهان الدين بن ابراهيم البرماوى على شرح الغاية لابن القاسم الغزى • طبعة بولاق ١٢٩٨هـ •

٦ ــ حاشية العلامة : ابراهيم البيجورى على شرح ابن القاسم الغزى على متن أبى شجاع • الطبعة الخامسة • المطبعة الكبرى ببولاق بمصر ١٣٠٧هـ •

٧ ــ حاشية الشيخ سليمان بن محمد بن عمر البيجرى المتوفى سنة ١٢٢١هـ على شرح منهج الطلاب • مطبعة بولاق بمصر ١٢٩٢هـ •

٨ ــ حاشية أبى الضياء على بن على الشبراملس القاهرى المتوفى سنة ١٠٨٧هـ • الطبعة الأخيرة ١٣٨٦هـ ــ ١٩٦٧م • مطبعة مصطفى الحلبى بمصر مطبوعة مع نهاية المحتاج •

٩ ــ روضة الطالبين : للامام أبى زكريا يحيى بن شرف النووى المتوفى سنة ٦٧٦هـ طبع ونشر المكتب الاسلامى •

١٠ ــ مختصر الامام أبى ابراهيم بن يحى المزنى الشافعى المتوفى سنة ٢٦٤هـ مطوع بهامش الأم • طبعة مصورة عن طبعة بولاق ١٣٢١هـ • الدار المصرية للتأليف والترجمة •

١١ ــ مغنى المحتاج الى معرفة ألفاظ المنهاج : الإمام شمس الدين

محمد بن أحمد الشربينى الخطيب المتوفى سنة ٩٧٧هـ • مطبعة مصطفى الحلبى ١٣٧٧ هـ — ١٩٥٨ م •

١٢ — نهاية المحتاج الى شرح المنهاج : تأليف الامام شمس الدين محمد ابن أبى العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملى المتوفى سنة ١٠٠٤هـ • الطبعة الأخيرة ١٣٨٦ هـ — ١٩٦٧ م مطبعة مصطفى الحلبى بمصر •

(د) الفقه الحنبلى :

١ — حاشية الشيخ عبد الله بن عبد العزيز العنقرى على الروض المربع للبهوتى مطبوعة بهامش الكتاب المذكور •

٢ — الخراج : تأليف العلامة يحى بن آدم القرشى المتوفى سنة ٢٠٣هـ دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت — لبنان •

٣ — الشرح الكبير على متن المقنع : تأليف الشيخ شمس الدين أبى الفرج عبد الرحمن بن أبى عمر محمد بن أحمد بن قدامة المقدسى المتوفى سنة ٦٨٢هـ • مطبوع مع المغنى لابن قدامة • دار الكتاب العربى للتوزيع والنشر والنشر بيروت — لبنان •

٤ — شرح منتهى الارادات : تأليف العلامة منصور بن يونس بن ادريس البهوتى المتوفى سنة ١٠٥١هـ • دار الفكر •

٥ — الكافى فى فقه الامام المبجل أحمد بن حنبل : تأليف شيخ الاسلام محمد موفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسى • الطبعة الرابعة ١٤٠٥هـ — ١٩٨٥م المكتب الاسلامى •

٦ — كشاف القناع عن متن الاقناع : للشيخ منصور بن يونس بن ادريس البهوتى دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ١٤٠٢ هـ — ١٩٨٢ م •

٧ — المبدع فى شرح المقنع : تأليف الفقيه أبى اسحاق برهان الدين ابراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مفلح المتوفى سنة ٨٨٤هـ • المكتب الاسلامى •

٨ ــ المغنى : للعلامة أبى محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسى المتوفى سنة ٦٢٠هـ ــ دار الكتب العلمية بيروت ــ لبنان •

(هـ) الفقه الظاهرى :

١ ــ المحلى : تأليف الامام أبى محمد على بن أحمد بن سعيد بن حزم المتوفى سنة ٤٥٦هـ • دار الآفاق الجديدة • بيروت ــ لبنان •

(و) الفقه الزيدى :

١ ــ البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار : للامام المهدى لدين الله أحمد بن يحى بن المرتضى المتوفى سنة ٨٤٠هـ • مطبعة السنة المحمدية ١٩٤٨ ــ ١٩٤٩م ، ومؤسسة الرسالة بيروت ــ لبنان •

٢ ــ السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار : لشيخ الاسلام محمد بن على الشوكانى المتوفى سنة ١٢٥٠هـ • دار الكتب العلمية بيروت ــ لبنان الطبعة الأولى ٥ى١٤٠هـ ــ ١٩٨٥م •

(ز) الفقه الامامى :

١ ــ تذكرة الفقهاء : للعلامة الحسن بن يوسف المطهر المعروف بالحلى المتوفى سنة ٧٢٦هـ •

٢ ــ الروضة البهية شرح الدمشقية : للامام زين الدين بن على بن أحمد بن محمد الجبعى العاملى المتوفى سنة ٩٦٥هـ • مطبعة الآداب فى النجف الأشراف الطبعة الأولى ١٣٨٨هـ ــ ١٩٦٨م •

٣ ــ شرائع الاسلام فى الفقه الاسلامى الجعفرى : تأليف جعفر بن الحسن بن أبى زكريا بن سعيد الهزلى • منشورات دار مكتبة الحياة بيروت ــ لبنان ١٩٧٨م •

٤ ــ شرائع الاسلام فى مسائل الحلال والحرام : تأليف : أبوالقاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلى المتوفى سنة ٦٧٦هـ • منشورات دار الأضواء الطبعة الثانية ١٤٠٣هـ ــ ١٩٨٣م •

٥ ــ فقه الامام جعفر الصادق عرض واستدلال • دار مكتبة الهلال بيروت ــ لبنان •

٦ ــ المسالك : تأليف العــلامة زين الدين عــلى بن أحمد المــتوفى سنة ٩٦٦هـ •

٧ ــ مفتاح الكرامة : تأليف العلامة محمد جواد بن محمد الحسينى المتوفى سنة ١٢٢٦هـ مطبعة الشورى القاهرة ١٣٢٦هـ •

رابعا : كتب اللغة :

١ ــ أساس البلاغة : تأليف جاد الله أبى القاسم محمود بن عمــر الزمخشرى • دار صادر بيروت ١٣٨٥هـ ــ ١٩٦٥م •

٢ ــ تاج العــروس من جــواهر القــاموس تأليف : محب الدين أبى الفيض السيد محمد مرتضى الحسينى الواسطى • الطبعة الأولى ١٣٠٦هـ • المطبعة الخيرية بمصر •

٣ ــ القاموس المحــيط : تأليف نجــد الدين محمــد بن يعقــوب الفيروزآبادى المتــوفى ســنة ٨١٧هـ • مؤسسة الحلبى للنشر والتوزيع بمصر •

٤ ــ لسان العرب : تأليف أبو الفضل جمال الدين محمد بن الامام جــلال الدين أبى العزم بن الشــيخ نجيب الدين المعــروف بابن منظور المتوفى سنة ٧١١هـ • طبعة دار المعارف •

٥ ــ مجمل اللغــة : تأليف أبى الحسن أحمــد فــارس بن زكريا اللغوى المتوفى سنة ٣٩٥هـ • مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتــوزيع •

٦ ــ مختار الصحاح : تأليف الامام محمد بن أبى بكر بن عبد القادر الرازى • المطبعة الأميرية بالقاهرة بمصر ١٣٣٨هـ ــ ١٨٢٠م

٧ ــ المصباح المنير فى غريب الشرح الكبير للرافعى : تأليف أحمد بن محمد بن على المقرى الفيومى المتوفى سنة ٧٧٠هـ • المكتبــة العلمية بيروت ــ لبنان ، وطبعة دار المعارف •

المحتـــوى

رقم الايداع بدار الكتب ٦١٩٢ / ١٩٩٠



